

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

Mandato y poder en el ordenamiento jurídico peruano

TESIS

Para optar el grado de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil
y Comercial

AUTOR

Pedro Abraham Valdivia Dextre

ASESOR

Carlos Pérez Ríos

Lima – Perú

2011

DEDICO LA PRESENTE TESIS A:

LOS CATEDRÁTICOS SANMARQUINOS:

En reconocimiento a la formación recibida en esta casa de estudios.

DR. MANUEL FELIPE SORIA ALARCÓN:

Por su amistad, y el permanente estímulo a la investigación.

DR. JOSÉ ITURRIAGA ROMERO:

El mayor investigador peruano, sanmarquino, en el tema de la Representación.

AGRADECIMIENTO: Al doctor Carlos Pérez Ríos, asesor de la presente tesis; a la maestra Carmen Meza Ingar, pedagoga del Derecho; y a mi Familia que sin su apoyo no sería posible la presente investigación.

.

TESIS

“MANDATO Y PODER EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO”

INDICE

	Pág.
Dedicatoria	
Agradecimiento	
Presentación	
Índice	
Resumen	
 CAPÍTULO I:	 1
ASPECTOS GENERALES DEL MANDATO Y EL PODER	1
1.1 Introducción	1
1.2 Referencia a la problemática del Mandato y Poder.	3
1.2.1.- Formulación De Preguntas.	3
1.3 Aspectos Metodológicos.	5
1.4 Objetivos, Justificación.	6
1.4.1. Objetivos.	6
1.4.2. Justificación.	7
1.5 Lineamientos de la Investigación. Líneas de Investigación. (temáticas)	8
1.5.1 Lineamientos de la Investigación.	8
1.5.2 Líneas de Investigación. (Temáticas)	8
1.6 Formulación de Hipótesis	9
1.7 Marco Teórico.	10

1.8	Delimitación del Tema.	17
1.9	Aspectos generales conceptuales sobre el Mandato y el Poder.	18
1.10	¿Por qué tutelar el Mandato y el Poder?.	19
CAPÍTULO II:		20
ASPECTOS HISTÓRICOS DEL MANDATO Y PODER		20
2.1	Derecho Romano.	20
2.1.1	Mandato en el Derecho Romano	23
2.1.2	Características del Mandato	24
2.1.3	Poder en el derecho romano	32
2.2	Derecho Intermedio (Feudal).	33
2.3	Principales Teorías de Juristas Connotados	34
2.3.1	Bartolo y la Representación Directa	34
2.3.2	Pothier y la Representación.	34
2.3.3	Federico Carlos de Savigny y la Representación.	36
2.3.3.1	Críticas a la doctrina de SAVIGNY.	38
2.3.3.2	Posición del autor respecto a la doctrina de SAVIGNY	39
2.3.4	Mandato y Representación en la Codificación del mundo Moderno	39
CAPÍTULO III:		46
TEORIAS DE LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN Y EL MANDATO		
3.1	Naturaleza Jurídica.	46
3.2	Teorías que consideran a la voluntad del representado como la que concluye el negocio o acto jurídico:	47
3.2.1	Teoría del nuncio.	47
3.2.2	Teoría de la ficción.	48
3.2.3	Teoría de la sustitución.	49
3.2.4	Teoría de la legitimación.	51
3.3	Teorías que consideran a la voluntad del representante como la que concluye el Acto	52
3.3.1	Teoría de la representación autónoma o del representante.	52
3.4	Teorías intermedias.	53
3.4.1	Teoría del doble contrato.	53
3.4.2	Teoría del representante condicionada por el representado.	54
3.4.3	Teoría de la cooperación.	55
3.5	Teorías del Mandato	
3.5.1	Teoría del Contrato de Prestación de Servicios	58
3.5.2	Teoría de cooperación en el Mandato	58

3.5.3	Teoría del Mandato como acto Representativo	59
3.5.4	Teoría del Mandato basado en la Confianza	60
3.5.5	Teoría del Mandato concebido como Carga	60
3.5.6	Teoría del Mandato como Poder o Intermediación	61
3.5.7	Teoría del Mandato como Contrato Originario	61
CAPÍTULO IV:		64
DERECHO CONSTITUCIONAL: MANDATO Y EL PODER		64
4.1	Teoría Constitucional.	64
4.1.1	Ideas Generales de Constitución	64
4.1.2	Origen de la justicia constitucional	66
4.1.3	Jurisdicción constitucional	66
4.1.4	Sistemas de control constitucional	67
4.1.4.1	Control constitucional europeo o concentrado	67
4.1.4.2	Sistema americano o difuso	68
4.1.4.3	Sistema político	69
4.1.4.4	Sistema mixto	70
4.1.4.5	Sistema dual o paralelo.-	70
4.1.5	Balance de la justicia constitucional en el Perú	70
4.2	El Estado de Derecho Constitucional	72
4.2.1	Estado de Derecho	72
4.2.2	Antecedentes del Estado Constitucional de Derecho	73
4.2.3	El Estado Social de Derecho.-	74
4.2.4	El Estado Constitucional de Derecho	74
4.2.5	Fundamento de la Constitucionalidad de la Constitución	75
4.2.5.1	Teoría de Kelsen: Positivismo.	75
4.2.5.2	Teoría de Peces Barba: lus Naturalismo.	80
4.3	Las Constituciones Peruanas.	83
4.4	La Constitución de 1993.	85
4.5	Las Principales Constituciones de América.	87
4.5.1	ARGENTINA: Constitución de la Nación Argentina (1994)	87
4.5.2	ECUADOR: Constitución Política (2008)	87
4.5.3	EL SALVADOR: Constitución (1983)	87
4.5.4	MÉXICO.- Constitución Federal (1917)	87
4.5.5	VENEZUELA: Constitución (1999)	88
4.5.6	Apreciación del autor sobre las regulaciones constitucionales de nuestra América	88
4.6	Las Principales Constituciones de Europa.	90
4.6.1	ITALIA: Constitución de la República Italiana (1947)	90

4.6.2	ESPAÑA: La Constitución Española de 1978	90
4.6.3	ALEMANIA: Constitución de Alemania de 1949.	90
4.6.4	Apreciación del autor sobre la regulación constitucional europea	91
CAPÍTULO V:		92
DERECHO POSITIVO INTERNACIONAL. CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES, RESPECTO AL MANDATO Y PODER.		92
5.1	Breve Referencia Histórica al Orden Jurídico Nacional e Internacional.	92
5.2	Poder Jurisdiccional, Ordenamiento Jurídico Nacional, y Normas Internacionales.	98
5.3	Características Actuales del Orden Jurídico Internacional	100
5.4	Principales normas Internacionales que regulan el Mandato y el Poder.	105
5.5.	La Representación en los "Principios de UNIDROIT" de los contratos comerciales internacionales	109
5.6	La Representación en el Código Europeo de los Contratos	111
5.7	La Representación en los principios de derecho contractual europeo	114
5.8	Jurisprudencia de Mandato y poder en el Orden Jurídico Internacional	118
5.8.1	Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Castillo Páez. Reparaciones	120
5.8.2	Jurisprudencia de la FIFA	122
CAPITULO VI:		124
LA REPRESENTACION.		124
6.1	Concepto de Representación.	124
6.2	Delimitación del concepto de representación.	128
6.3	Características.	131
6.4	Requisitos de la Representación.	132
6.5	Efectos de la Representación.	133
6.6	Extinción de la Representación.	133
6.7	Clasificación de la Representación.	134
6.8	Representación judicial, legal, y voluntaria.	134
6.9	Representación Judicial.	134
6.10	Representación legal.	135
6.11	Representación voluntaria.	137
6.12	Representación mixta	138
6.13	Representación directa e indirecta.	139
6.14	Representación activa y pasiva.	143
6.15	Pluralidad de Representantes.	144

6.16	Pluralidad de Representados.	146
6.17	El autocontrato.	146
6.17.1	Tesis: Negativista.	147
6.17.2	Tesis: Positivista.	149
6.18.-	Diferencias entre la representación y otras instituciones o figuras jurídicas	150
6.18.1.-	Diferencias entre representación y mandato.	150
6.18.2.-	Diferencias entre representación y contrato por persona a nombrar.	152
6.18.3.-	Diferencias entre representación y contrato a favor de terceros	154
6.18.4.-	Diferencias entre representación con la promesa de la obligación o hecho de un tercero	155
6.18.5.-	Diferencias entre representación y corretaje.	156
6.18.6.-	Diferencias entre representación y nuncio.	156
6.18.7.-	Diferencias entre representación y comisión.	157
 CAPITULO VII: EL PODER		 159
7.1	Concepto de Poder	159
7.2	Diferencias entre el Poder y otras instituciones o figuras jurídicas	162
7.2.1-	Diferencias entre el poder y el nuncio	164
7.2.2.-	Diferencias entre el poder y la representación.	164
7.2.3.-	Diferencias entre poder y mandato.	166
7.3	Contenido	167
7.4	Extensión y Límites	168
7.5	Poder General	168
7.6	Poder Especial	169
7.7	Ejercicio del Poder	171
7.8	Sustitución	171
7.9	Extinción del poder	173
7.10	Poder Aparente	174
7.11	Ratificación	175
7.12	Poder Irrevocable	177
 CAPITULO VIII:		 181
EL MANDATO		181
8.1	Concepto	181
8.2	Naturaleza jurídica.	184
8.3	Características	184
8.4	Mandato con Representación	190

8.5	Mandato sin Representación	191
8.6	Diferencias del mandato con otras figuras jurídicas	193
8.6.1.	Diferencias del mandato con la locación de servicios	193
8.6.2.	Diferencias del mandato con la gestión de negocios jurídicos.	195
CAPITULO IX:		197
MANDATO Y PODER EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO		197
9.1	El Mandato y el Poder en la Constitución vigente	197
9.2	Mandato y Poder en el Código Civil	198
9.2.1	Código civil peruano de 1852	198
9.2.2	Código civil peruano de 1936	201
9.2.3	Código civil peruano de 1984	203
9.2.3.1	Libro I: Derecho de las personas	205
a.	La representación del concebido	205
b.	La representación de la persona natural	207
c.	La representación de las personas jurídicas.	210
9.2.3.2	Libro II: Acto jurídico.	211
9.2.3.3	Libro III: Derecho de Familia	211
9.2.3.4	LIBRO IV: Derecho de sucesiones	212
9.2.3.5	LIBRO V: Derecho de reales	212
9.2.3.6	LIBRO IX: Registros públicos	213
9.2.3.7	LIBRO X: Derecho internacional privado	215
9.3	El Poder en sede judicial.	216
9.4	La Representación Judicial en el Código Procesal Civil	217
9.5	La Representación en el Código Procesal Civil	220
9.5.1	Clasificación de la representación procesal	221
9.5.1.1	Por los alcances del poder.	221
9.5.1.2	Por el origen del poder	222
9.5.1.3	Por el número de representantes:	223
9.5.1.4	Por la condición del representante:	224
9.5.2	Aceptación y extinción del poder.	224
9.6	La Representación en la Ley Orgánica del Poder Judicial.	224
9.7	¿ Por qué el Juez tiene potestad de otorgar Representación Judicial?	224
9.8	El Poder y Mandato en La Ley General de Sociedades	225
9.9	El Poder en el Código de los Niños y Adolescentes.	225
9.10	El Poder en el Derecho Notarial Peruano	226
9.10.1	Breve referencia histórica del notariado	226
9.10.2	Concepto.	228
9.10.3	Clases.	228

9.10.4	Formalidades.	228
9.10.4.1	Carta poder.	229
9.10.4.2	Poder fuera de registro.-	229
9.10.4.3	Poder por escritura pública	229
9.10.5	Poderes otorgados en el extranjero.	230
9.10.5.1	Poderes otorgados ante Notaría del Extranjero.	231
9.10.5.2	Poder otorgado ante Cónsul peruano.	231
9.11	Mandato y Poder en el Derecho Comercial Peruano	231
9.11.1	Aspectos Conceptuales.	231
9.11.2	Breve Referencia Histórica.	234
9.11.3	Analogías y Diferencias entre los contratos de: Mandato, Agencia y Corretaje.	236
9.11.4	Mandato y Poder en la Ley General de Sociedades N° 26887	237
9.11.5	Mandato y Poder en el Reglamento de Registro de Sociedades. Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP-SN.	238
9.11.6	Mandato y Poder Comercial en otras leyes de sociedades comerciales.	241
CAPITULO X:		242
MANDATO Y PODER EN LA EXPERIENCIA JURIDICA DEL PLURALISMO JURIDICO PERUANO		242
10.1	¿Qué es el Pluralismo Jurídico?	242
10.2	El Pluralismo Jurídico en el Derecho Constitucional Comparado Sur Americano	244
10.2.1	Constitución Colombiana (1991).	245
10.2.2	Constitución de la República de Paraguay (1992).	246
10.2.3	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	247
10.2.4	Constitución de la República de Bolivia.	249
10.2.5	Constitución de la República del Ecuador (1998).	250
10.3	El Pluralismo Jurídico en la Constitución Peruana de 1993	253
10.4	Mandato y Poder en el Pluralismo Jurídico Peruano	256
10.4.1	PRIMERA: Rimaykukuy.	256
10.4.2	El Varayok, eje de la vida civil del ayllu o comunidad campesina.	258
10.4.3	Mandato y poder comercial en el pluralismo jurídico peruano.	259
CAPITULO XI:		262
MANDATO Y PODER EN EL DERECHO COMPARADO. LEGISLACIÓN, Y DOCTRINA		262
11.1	Derecho comparado. Cuestiones generales.	262
11.2	Las Familias Jurídicas Contemporáneas	263
11.3	Familia Romano-Germana, Neo-Románica, o Romano-Canónica	264

11.4	Derecho Civil Comparado Familia Romano-Germana.	264
11.4.1	Francia.	265
11.4.2	España.-	266
11.4.3	Italia.	267
11.4.4	Alemania	270
11.4.5	Argentina	274
11.4.6	Brasil	276
11.5	Apreciación personal	278
 CAPÍTULO XII:		281
MANDATO Y PODER EN JURISPRUDENCIA NACIONAL		281
12.1	La Jurisprudencia.	281
12.2	Referencia histórica de la jurisprudencia en el derecho procesal civil peruano.	282
12.3	La Casación	285
12.3.1	Concepto.-	285
12.3.2	Características.	286
12.3.3	Finalidad de la casación.	287
12.4	La casación en el Perú actual.	289
12.5	Jurisprudencia de la corte suprema.	291
12.6	Análisis de jurisprudencia seleccionada de la corte suprema.	320
12.7	Precedentes del tribunal registral.	332
12.8	Análisis de los Precedentes seleccionados del tribunal registral.	380
 CAPITULO XIII		388
MANDATO Y PODER EN JURISPRUDENCIA DERECHO COMPARADO		388
13.1	Referencia histórica de la jurisprudencia casatoria en el derecho comparado.	388
13.1.1	Los orígenes en Francia.	388
13.1.2	Casación en la época presente.	390
13.1.3	Concepto de la casación	391
13.2	Sistemas casatorios.	392
13.2.1	Sistema francés.	392
13.2.2	Sistema alemán.	393
13.2.3	Sistema español.	393
13.3	Modalidades casatorias.	393
13.3.1	Casación por salto.	393
13.3.2	Casación por interés de la ley.	394
13.4	Jurisprudencia del derecho romano.	394
13.5	Jurisprudencia de Argentina.	396
13.6	.Jurisprudencia de España.	405
13.7	Jurisprudencia de México	329

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	425
14.1 Conclusiones	425
14.2 Recomendaciones	428
ANEXOS	433
PROYECTO DE REFORMA LEGISLATIVA	434
PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL	441
BIBLIOGRAFIA	443

RESUMEN

La presente Tesis para optar el título de Magister en Derecho Civil y Comercial, del Bachiller **PEDRO ABRAHAM VALDIVIA DEXTRE**, titulada ***“Mandato y poder en el ordenamiento jurídico peruano”***, es un trabajo doctrinario, enriquecido por una valiosa experiencia laboral.

Como su título indica, se hace un análisis del Mandato y Poder en el Ordenamiento Jurídico peruano, además de la Representación. El título, es un respeto a la Tradición, que enfoca el tema con ese nombre, aun cuando también abarca el estudio de la Representación. En el primer capítulo están los aspectos generales, metodológicos, las líneas de investigación, y precisión temática.

El aspecto histórico, es abordado con detalle en el segundo capítulo, y teniendo en cuenta la riqueza de las correspondientes fuentes primigenias del derecho occidental, específicamente el Derecho Romano, además de los grandes juristas como Bartolo, Pothier, y Savigny. El autor hace una introducción histórica del derecho comparado,

Analiza en un tercer capítulo las diversas posiciones doctrinarias que sustentan la naturaleza jurídica de la Representación y el Mandato, haciendo mención tanto a la doctrina comparada, como a la nacional.

El aspecto constitucional no es ajeno a la Tesis, se remonta incluso a la polémica entre Kelsen y Peces Barba, es decir la propuesta positivista, y la ius naturalista, para enraizar desde esas perspectivas un claro panorama de la ciencia jurídica actual, siempre sustentada en las bases constitucionales, y esto a partir de la post guerra. Se estudia el Neo constitucionalismo, y el Estado Constitucional de Derecho, base y sostén del sistema jurídico moderno. Es el Cuarto capítulo que sienta las bases ontológicas de las dos posiciones de mayor trascendencia del Derecho.

El capítulo quinto, dedicado a los tratados, y convenciones, el funcionamiento de los mismos en relación al tema abordado, haciendo el autor referencia de lo complejo

que es el mundo, visto desde una perspectiva jurídica. Nos hace interesante referencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la FIFA, alcanzando incluso información de los proyectos legislativos de las uniones de naciones, novísimos.

La Representación con todo lo novedoso, y la dificultad que encontraron los primeros juristas que abordaron el tema, es tratado en el capítulo sexto, que resulta de singular importancia, porque además de desarrollar las diferencias con otras figuras jurídicas, permite encontrar una identidad propia de esta figura de singular importancia en el mundo moderno.

El Poder, un tema importante y central en la investigación es abordado en el capítulo séptimo, no deja de ser exigente en la manera como aborda el tema, para lo cual a la riqueza doctrinaria que recurre, introduce un rigor a la hora de delimitar el tema y diferenciar de otras figuras que son muy afines, y semejantes.

El Mandato, con toda su inmensa tradición que se remonta al Derecho Romano, es abordado en el capítulo octavo, ahora una figura moderna, con características distintas a la que se conoció en su origen, sin embargo guardando diferencias encuentra en algunas características, maneras diversas de entender esta figura de singular importancia.

El Mandato y Poder en el Ordenamiento Jurídico Peruano, nos muestra la inmensa riqueza del tema, es abordado recurriendo a una visión multidisciplinaria del Derecho Privado, no sólo se aborda desde el Derecho Civil, hay también referencia a otras áreas como el Registral, Notarial, Comercial; corresponde el capítulo noveno.

El Pluralismo Jurídico, es analizado en el capítulo decimo, tan presente en nuestra vida patria no deja de tener importancia en la tesis, se hace un análisis del Derecho Comparado, y doctrina, además de la experiencia jurídica nacional, que no deja de sorprender, por su permanente actualidad, y haciendo mención especial a los orígenes de su tratamiento jurídico en el Perú.

El Mandato y Poder en el Derecho Comparado, es analizado en el capítulo décimo primero. Analiza los Ordenamientos de mayor tradición jurídica del mundo occidental, como son los de: Francia, Alemania, Italia, España, Brasil y Argentina, con referencia no sólo a la doctrina de mayor predicamento, sino también a la

legislación. Asimismo el autor hace una apreciación personal del Derecho Comparado.

El capítulo Décimo Segundo es dedicado a la jurisprudencia nacional, no solo es referido a la de la Corte Suprema, que es muy interesante, sino además hay Jurisprudencia de Registros Publico, ello denota la seriedad con que ha trabajado el tema, además consigna dos comentarios de jurisprudencia, son análisis concretos, recurriendo a la Teoría del Caso, corriente doctrinal impuesta en el mundo, sin exceder de abusos en citar doctrina.

Además dedica un estudio al origen de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado, específicamente al sistema casatorio, deteniéndose en analizar los Sistemas Casatorios: Francés, Alemán, y Español. Debiendo resaltar que se consigna jurisprudencia vinculada a los ordenamientos jurídicos que tienen más contacto con nuestro mundo del derecho: España, Argentina, y México; todo ello corresponde al Décimo Tercer capítulo

Son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones que están en función a cada área del derecho privado, para enriquecer más la Tesis, sustenta propuesta de reforma legislativa, para estar con la naturaleza de la investigación y de este Centro de Estudio, caracterizado por dar a la sociedad propuestas de solución de problemas.

SUMMARY

This Thesis for the Master's Degree in Civil and Commercial Law, Bachelor **PEDRO ABRAHAM VALDIVIA DEXTRE**, entitled "**Mandate and Power in the Peruvian Legal System**" is a doctrinal work, enriched by a valuable work experience.

As its title indicates, is an analysis of the Mandate and Power in the Peruvian Legal System, in addition to the Representation. The title is a respect for Tradition, which focuses on the topic of that name, even if also it includes the study of the Representation. In the first chapter there are the general, methodological aspects, the lines of investigation and thematic precision.

The historical aspect is addressed in detail in the Chapter Second, and taking into account the wealth of the corresponding original sources of Western law, specifically the Roman law, in addition to the big lawyers like Bartolo, Pothier, and Savigny. The author does a historical introduction of the comparative law.

In Chapter Third analyzes the diverse doctrinaire positions that sustain the juridical nature of Representation and Mandate, mentioning so much to the compared doctrine, as to the national.

The constitutional issue is not foreign to the Thesis, goes back even to the debate between Kelsen and Peces Barba, that is to say, the proposal positivist and naturalist ius, to take root from these perspectives a clear panorama of the current juridical science, always sustained in the constitutional bases, and this from the post war.. Neo constitutionalism is studied, and the Constitutional State of Right, base and support of the modern juridical system. It is the Fourth Chapter that lays the ontological bases of two most significant positions of law.

The Chapter Fifth, dedicated to the agreements, and conventions, the functioning of the same ones as regards the tackled topic, doing the author indexes of how complex there is the world seen from a juridical perspective. It does to us interesting reference of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, and of the FIFA, reaching even information of the legislative projects of the unions of nations, the newest.

Representation with everything new, and the difficulty encountered by the early jurists who addressed the topic is discussed in Chapter Six, which is of particular importance, because in addition to developing differences with other legal, can find its own identity this figure of singular importance in the modern world.

The Power, an important and central topic in the investigation is tackled in the Chapter Seventh, it does not stop being demanding in the way as it tackles the topic, for which to the doctrinaire wealth that resorts, it introduces a rigor at the time of delimiting the topic and differing from other figures that are very related, and similar.

Mandate, with all its immense tradition that goes back to the Roman law, is tackled in the Chapter Eighth, now a modern figure, with different characteristics which originally was learned, nevertheless keeping differences it finds in some characteristics, diverse ways of understanding this figure of singular importance.

Mandate and Power in the Peruvian legal system, shows us the immense wealth of the topic, it is tackled resorting to a multidisciplinary vision of the Private Law, not only it is tackled from the Civil Law, there is also reference to other areas as the Registral, Notarial, Commercial; corresponds the Chapter Ninth.

Legal Pluralism, is analyzed in the Chapter Tenth, so present in our home life it stops no having importance in the Thesis, an analysis of Comparative Law, and doctrine, in addition to the national juridical experience, which does not stop

surprising, for its permanent actuality, and doing special mention to the origins of its juridical treatment in Peru.

Mandate and Power in Comparative Law, is analyzed in the Chapter Eleventh. Analyzes from highest legal tradition of the Western world, such as those of France, Germany, Italy, Spain, Brazil and Argentina, with reference not only to the doctrine of major prestige, but also to the legislation. Also the author does a personal appreciation of the Compared Law.

The Chapter Twelfth is dedicated to the national jurisprudence, not only referred to the Supreme Court, which is very interesting, but there are also Public Court Records, this indicates the seriousness with which has worked on, also it records two jurisprudence comments, there are concrete analyses, using the Theory of the Case, doctrinal current imposed in the world, without exceeding abuses in quoting doctrine.

In addition he dedicates a study to the origin of the Jurisprudence in the Comparative Law, specifically the cassation system, stopping to analyze Cassation Systems: French, German, and Spanish. Must highlight that there is recorded jurisprudence linked to the legal systems that have more contact with our legal world: Spain, Argentina, and Mexico, all of which corresponds to the Chapter Thirteenth

There are interesting the conclusions, which are in strict consonance with every problem and hypothesis, and also the recommendations that are in function to every area of the Private Law, to further enrich the thesis, it sustains proposal of legislative reform, to be with the nature of the investigation and of this Center of Study, characterized for giving to the society proposals of solution of problems.

The Order and Power in the Compared Right, it is analyzed in the eleventh chapter. Analyzes the Systems of major juridical tradition of the western world, as they are those of: France, Germany, Italy, Spain, Brazil and Argentina, with reference not only to the doctrine of major prestige, but also to the legislation. Also the author does a personal appreciation of the Compared Right.

The Twelfth chapter is dedicated to the national jurisprudence, not only it is recounted to that of the Supreme Court, that it is very interesting, but also there is Jurisprudence of Records Public, it denotes the seriousness with which the topic has worked, also it records two jurisprudence comments, there are concrete analyses, resorting to the Theory of the Case, doctrinal current imposed in the world, without exceeding abuses in quoting doctrine.

Also he dedicates a study to the origin of the Jurisprudence in the Compared Right, specially to the cassation system, stopping in analyzing the Cassation Systems: French, German, and Spanish. Must highlight that there is recorded jurisprudence linked to the juridical systems that they have more I contact with our world of the right: Spain, Argentina, and Mexico; all this corresponds to the Tenth Third chapter

There are interesting the conclusions, which are in strict consonance with every problem and raised hypothesis, and also the recommendations that are in function to every area of the private right, to enrich more Thesis, it sustains proposal of legislative reform, to be with the nature of the investigation and of this Center of Study, characterized for giving to the society proposals of solution of problems.

PRESENTACION

La presente Tesis del Bachiller **PEDRO ABRAHAM VALDIVIA DEXTRE**, titulada ***“Mandato y poder en el ordenamiento jurídico peruano”***, es fruto de años de investigación, consistente en paciente recolección de datos bibliográficos, asistencia a clases de los maestros que dictan los cursos vinculados al tema, como son: Acto Jurídico, Contratos, Personas, Familia, Comercial, Procesal Civil, Constitucional, Registral, y Notarial; asimismo de acopio de Jurisprudencia; diálogos e intercambio de ideas con especialistas; y de la experiencia laboral en Registros Públicos, específicamente en la Gerencia de Personas Naturales: Mandatos y Poderes de la Oficina de Lima; y en las Oficinas Registrales de Provincia: Huanta, Huamanga, Huaral y Cañete. Es pues un trabajo doctrinario, enriquecido por una valiosa experiencia laboral.

Como su título indica, se hace un análisis del Mandato y Poder en el Ordenamiento Jurídico peruano, además de una introducción histórica de derecho comparado, en el primer capítulo están los aspectos generales, metodológicos, las líneas de investigación, y precisión temática.

El aspecto histórico, es abordado con detalle en el segundo capítulo, y teniendo en cuenta la riqueza de las correspondientes fuentes primigenias del derecho occidental, específicamente el Derecho Romano, además de los grandes juristas como Bartolo, Pothier, y Savigny.

Analiza en un tercer capítulo las diversas posiciones doctrinarias que sustentan la naturaleza jurídica de la Representación y el Mandato, haciendo mención tanto a la doctrina comparada, como a la nacional.

El aspecto constitucional no es ajeno a la Tesis, se remonta incluso a la polémica entre Kelsen y Peces Barba, es decir la propuesta positivista, y la ius naturalista, para enraizar desde esas perspectivas un claro panorama de la ciencia jurídica actual, siempre sustentada en las bases constitucionales, y esto a partir de la post guerra. Cuarto capítulo que sienta las bases ontológicas de las dos posiciones de mayor trascendencia del Derecho.

Enriqueciendo la investigación, tenemos el capítulo quinto, dedicado a los tratados, y como funciona en relación al tema abordado, haciendo el autor referencia de lo complejo que es el mundo, visto desde una perspectiva jurídica. Nos hace interesante referencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la FIFA, alcanzando incluso información de los proyectos legislativos de las uniones de naciones, novísimos.

La Representación con todo lo novedoso, y la dificultad que encontraron los primeros juristas que abordaron el tema, es tratado en el capítulo sexto, que resulta de singular importancia, porque además de desarrollar las diferencias con otras figuras jurídicas, permite encontrar una identidad propia de esta figura de singular importancia en el mundo moderno.

El Poder, un tema importante y central en la investigación es abordado en el capítulo séptimo, no deja de ser exigente en la manera como aborda el tema, para lo cual a la riqueza doctrinaria que recurre, introduce un rigor a la hora de delimitar el tema y diferenciar de otras figuras que son muy afines, y semejantes.

El Mandato, con toda su inmensa tradición que se remonta al Derecho Romano, es abordado en el capítulo octavo, ahora una figura moderna, con características distintas a la que se conoció en su origen, sin embargo guardando diferencias encuentra en algunas características, maneras diversas de entender esta figura de singular importancia.

El Mandato y Poder en el Ordenamiento Jurídico Peruano, nos muestra la inmensa riqueza del tema, es abordado recurriendo a una visión multidisciplinaria del Derecho Privado, no sólo se aborda desde el Derecho Civil, hay también referencia a otras áreas como el Registral, Notarial, Comercial; corresponde el capítulo noveno.

El Pluralismo Jurídico, es analizado en el capítulo decimo, tan presente en nuestra vida patria no deja de tener importancia en la tesis, se hace un análisis del Derecho Comparado, y doctrina, además de la experiencia jurídica nacional, que no deja de sorprender, por su permanente actualidad, y haciendo mención especial a los orígenes de su tratamiento jurídico en el Perú.

El Mandato y Poder en el Derecho Comparado, es analizado en el capítulo décimo primero. Analiza los Ordenamientos de mayor tradición jurídica del mundo occidental, como son los de: Francia, Alemania, Italia, España, Brasil y Argentina,

con referencia no sólo a la doctrina de mayor predicamento, sino también a la legislación. Asimismo el autor hace una apreciación personal del Derecho Comparado.

El capítulo Décimo Segundo es dedicado a la jurisprudencia nacional, no solo es referido a la de la Corte Suprema, que es muy interesante, sino además hay Jurisprudencia de Registros Publico, ello denota la seriedad con que ha trabajado el tema, además consigna dos comentarios de jurisprudencia, son análisis concretos, recurriendo a la Teoría del Caso, corriente doctrinal impuesta en el mundo, sin exceder de abusos en citar doctrina.

Además dedica un estudio al origen de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado, específicamente al sistema casatorio, deteniéndose en analizar los Sistemas Casatorios: Francés, Alemán, y Español. Debiendo resaltar que se consigna jurisprudencia vinculada a los ordenamientos jurídicos que tienen más contacto con nuestro mundo del derecho: España, Argentina, y México; todo ello corresponde al Décimo Tercer capítulo

Son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones que están en función a cada área del derecho privado, para enriquecer más la Tesis, sustenta propuesta de reforma legislativa, para estar con la naturaleza de la investigación y de este Centro de Estudio, caracterizado por dar a la sociedad propuestas de solución de problemas.

“MANDATO Y PODER EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO”

CAPITULO I

GENERALIDADES

1.1.- INTRODUCCION

Tiempos en que las lenguas de todas las naciones se han inundado de neologismos, signos lingüísticos que explicitan nuevas realidades. La ciencia misma se ha removido grandemente por la época de cambios que nos toca vivir: La matemática de los fractales, la física de las supercuerdas, la biología del azar y la necesidad, forman interminable lista de extraños vocablos. Esta avalancha de vocablos no son fenómenos nacionales sino más bien son globales, mundiales y universales. No es un fenómeno que pueda circunscribirse a un sector del saber, abarca y sobrepasa los límites tradicionalmente establecidos por la cultura hasta colmar todos los aspectos cognoscitivos: Arte, Ciencia, Filosofía, y Teología. Se han levantado muchas voces para dar respuestas a estos fenómenos. Se encuentran cuestionados consensualmente los paradigmas vigentes, también en el Derecho, específicamente en el Civil.

La presente tesis, esta destinada a realizar un análisis de **“Mandato y Poder en el ordenamiento jurídico peruano”**, teniendo presente que en estos tiempos cargados de cambios, debemos sacar escuela, tal como enseña el gran jurista alemán Ihering:

"Las épocas de desorden, de revolución, de anarquía, son horas de escuela en que la historia da a los pueblos una lección sobre el Estado y el Derecho"¹

Analizar el **“Mandato y el Poder ”**, implica previamente ubicar a esta institución jurídica dentro del marco general del Derecho. Explicitando que el Derecho

¹IHERING, RUDOLF VON. "El fin en el Derecho". Buenos Aires 1946. Editorial Atalaya. p. 270

responde a una época histórica determinada. Asimismo siendo conscientes que es privativo de los seres humanos ser titulares de derechos subjetivos para establecer relaciones jurídicas y realizar actos jurídicos. En el mundo de sociedad, los individuos establecen infinidad de relaciones jurídicas, las mismas recaen sobre derechos y obligaciones, sea creando, modificando, regulando, ó extinguiendo. Ejercitar esos derechos y obligaciones, se materializan a través de actos jurídicos. Los actos jurídicos no siempre se prestan *intuitu personae*, el titular del derecho subjetivo puede hacerlo a través de otra persona, sea en su propio nombre o de sí mismo.

El acceso a la opinión pública ha sido monopolizada por ciertas instituciones privadas que preferentemente actúan por intereses crematísticos, en función exclusiva y excluyente a dichos intereses económicos vemos indignados como actúan dichos actores sociales, difundiendo supuestas novedades e innovaciones que en realidad constituyen ruidosos y desordenados slogans archiconocidos que dichos especialistas se molestan reiteradamente en "ilustrarnos", los encontramos en la prensa escrita, hablada, y visualizada; y en diversas organizaciones. Por ello es pertinente tomar la palabra a un grande de verdad, al último en irse de la Generación del Centenario, rectora del pensamiento peruano: Luis Alberto Sanchez, quien en una entrevista concedida a la Revista de nuestra Universidad, "Alma Mater", antes de su partida al más allá, el autor de *"Balance y Liquidación del Novecientos"*, hace un llamado del alma a la conciencia de quienes como:

"Los intelectuales tienen un deber fundamental, que si no lo cumplen para qué sirven. Tenemos el deber de mirar las cosas del mundo, del Perú y del individuo y arriesgarnos. Si el intelectual no es capaz de arriesgarse, no vale la pena. Hay un libro de Julien Benda, que yo traduje al castellano, que se llama LA TRAICIÓN DE LOS INTELLECTUALES (resaltado del autor), en el cual pinta de una manera muy gráfica lo que los intelectuales han fallado en materia de sus deberes sociales, y creo que es abominable, porque si un hombre es superior a los otros por sus conocimientos, esos conocimientos debe usarlos para que los demás se ilustren y cumplan con su deber, pero usarlos para lucirse me parece que es sencillamente una auténtica traición"²

Con la presente tesis pretende el autor materializar un testimonio de gratitud a la formación académica recibida en la prestigiosa Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y sobretodo a las Cátedras de Derecho (Pre, y Postgrado). Agradeciendo a la institución que supo dar todo lo que una formación humanista puede ofrecer,

² Luis Alberto SANCHEZ. "San Marcos en el Perú del Siglo XXI". Conversaciones con LAS / Revista de Investigación de la UNMSM. "Alma Máter" N° 4: Lima 1993 p.9

racionalismo critico, libre de toda hipoteca intelectual, generoso en estimular la creatividad, pero una creatividad comprometida con altos valores y divorciada de toda clase de discriminaciones e intereses mezquinos.

Recoge los estudios de los diversos especialistas de la materia, implícita o explícitamente, todos los aportes son valiosos, la tesis es novedosa en su forma de presentar las ideas e investigaciones, que son las que el acervo cultural jurídico y humanístico ofrece generosamente, por ello no tiene pretensión de descubrir nada, si de procesarlas, y presentarlas de acuerdo a nuestra perspectiva. Finalmente, el autor es conciente que son tantas las posibilidades que el pensamiento ofrece en la practica, que la presente tesis es una de esas posibilidades, que el más pequeño asunto es motivo de un numero infinito de posibilidades siempre abiertas a la innovación, siendo así no es estéril esperar muchos trabajos de investigación que sigan enriqueciendo el caudal bibliográfico.

La presente investigación toca un tema de suma importancia, referido al mandato y poder, necesarios en una sociedad de masas y globalizada, toda vez que se da una realidad contundente, y es que es imposible que una persona realice por si sola todos los actos jurídicos que le conciernen al mismo tiempo. Analizará los tipos de mandatos y poderes, las normas internacionales: Tratados, Convenios, el Derecho Comparado: Constitucional y Legal, la Jurisprudencia Nacional y extranjera, desde una perspectiva dinámica, y comprometida en dar soluciones concretas y practicas a los diversos problemas que existen en está área del saber jurídico.

1.2.- REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DEL MANDATO Y PODER.-

La tutela jurídica es necesario, mas en un contexto que desborda al Estado Nación, y sobretodo en todos las relaciones jurídicas celebradas entre los sujetos de derechos, que no siempre se dá de manera directa, sobretodo en la actualidad, que en la mayoría de casos se produce mediante otra persona.

1.2.1.- FORMULACION DE PREGUNTAS:

¿Qué relación existe históricamente entre la evolución del mandato y poder, con la protección del Principio de autonomía de la voluntad?

¿Qué teorías utiliza el legislador para dar tutela jurídica en relación a regular el mandato y la representación?

¿Cuál es la relación que existe entre la tutela Constitucional del poder y mandato y los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad?

¿Cuál es la relación que existe entre la protección en Tratados y Convenciones Internacionales del poder y mandato y la "Positive comity"?

¿Qué fundamento establece la doctrina para que por medio de la representación se permita celebrar actos jurídicos relacionados entre el representante y tercero?

¿Cuáles es el desenvolvimiento de la autonomía privada en las relaciones jurídicas- voluntarias de los poderes, y como se relación con la seguridad jurídica?

¿Cuáles es el desenvolvimiento de la autonomía privada en las relaciones jurídicas de los mandatos, y como se relación con la seguridad jurídica?

¿Cuál es la relación que existe entre la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Nacional, y del Principio de autonomía de la voluntad y seguridad jurídica?

¿Cuál es la relación que existe entre la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Pluralismo Jurídico Nacional, y del Principio de autonomía de la voluntad y seguridad jurídica?

¿Cuál es la relación que existe entre la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Comparado (Legislación y doctrina), y del Principio de autonomía de la voluntad y seguridad jurídica?

¿Que relación existe entre los principios constitucionales que asume la jurisprudencia nacional en los poderes y mandatos, en relación el Estado Constitucional de Derecho?

¿Que principios constitucionales asume la jurisprudencia comparada en los poderes y mandatos, en relación el Estado Constitucional de Derecho?

1.3.- ASPECTOS METODOLÓGICOS.

LA INVESTIGACIÓN, de conformidad con lo que señala la Unidad de Postgrado de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, es de **TIPO TEÓRICO – DOGMÁTICO**.

Desde el punto de vista de las teorías de la metodología, es una Investigación de tipo **Descriptiva - Correlacional**. Enseña Roberto Hernández Sampieri, que:

“Estudios descriptivos

Los estudios descriptivos únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o variables a las que se refieren”³

“Estudios correlaciones.

Tiene como propósito conocer la relación que existe entre dos o mas conceptos, categorías o variables en un contexto en particular.

En ocasiones sólo se analiza la relación entre dos variables”⁴

En nuestro caso, todos los problemas planteados en las investigaciones son de relaciones entre dos conceptos, o variables, y las hipótesis responden a dichos planteamientos. Asimismo es pertinente mencionar que los estudios, o tipos de investigación, no siempre aparecen en estado puro, las mas de las veces, se presentan de manera combinada, por ello el autor sustenta que la presente investigación es de tipo descriptivo – correlacional, en ese sentido el especialista Hernandez Sampieri, refiere que:

“ (...) Una investigación puede caracterizarse como exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa, pero no situarse únicamente como tal (...) un estudio correlacional incluirá componentes descriptivos (...)”⁵

Además la Investigación es de Naturaleza Jurídica, y desde esta perspectiva multidisciplinaria en lo Jurídico (Constitucional, Tratados Internacionales, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia).

³HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto y otros. “Metodología de la Investigación”. Méjico 2006. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica. p. 102.

⁴ HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto y otros. “Metodología de la Investigación”. Méjico 2006. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica. p. 105.

⁵ HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto y otros. “Metodología de la Investigación”. Méjico 2006. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica. p. 110.

APRECIACIÓN DEL AUTOR.- Asumir un método es necesario para desarrollar este tema, y el autor asume una visión ecléctica, realista y multidisciplinaria, consistente en acometer el mismo objeto de estudio pero desde ángulos teóricos diferentes, con la convicción de que ninguna ciencia particular agota el objeto, consciente que cada una necesita de las otras con la finalidad de poder dar un cuadro total y profundo de aquel objeto materia de estudio. A éste método le llamaré **ANÁLISIS EN PERSPECTIVA**, y es que Analizar implica descomponer en todos sus elementos el cuerpo del tema objeto de estudio, en la presente investigación destacando los elementos constitutivos del mismo. Y sobre el Perspectivismo, FRANCISCO MIRO QUESADA CANTUARIAS, ha enseñado que el objeto del conocimiento es el conjunto de perspectivas, donde cada una de ellas nos revela una propiedad del objeto estudiado.

1.4.- OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN

1.4.1.- OBJETIVOS.

Establecer la relación que existe entre la evolución histórica del mandato y poder, con la protección del Principio de autonomía de la voluntad.

Explicar las teorías que utiliza el legislador para otorga tutela jurídica a quienes celebran actos mediante el mandato y la representación.

Establecer la relación que existe entre la tutela Constitucional del poder y mandato, con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad

Establecer la relación que existe entre la protección en Tratados y Convenciones Internacionales del poder y mandato, con la Positive comity'.

Explicar la relación que existe entre los fundamentos que establece la doctrina para que por medio de la representación se permita celebrar actos jurídicos relacionados entre el representante y tercero, con la ley y la autonomía de la voluntad.

Establecer la relación que existe entre la autonomía privada en las relaciones jurídicas-voluntarias de los poderes, con la seguridad jurídica.

Establecer la relación que existe entre la autonomía privada en las relaciones jurídicas de los mandatos, con la seguridad jurídica.

Establecer la relación que existe entre la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Nacional, con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

Establecer la relación que existe entre la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Pluralismo Jurídico Nacional, con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

Establecer la relación que existe entre la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Comparado (Legislación y doctrina), con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

Explicar la relación que existe entre los principios constitucionales que asume la jurisprudencia nacional en los poderes y mandatos, con el Estado Constitucional de Derecho.

Explicar la relación que existe entre los principios constitucionales que asume la jurisprudencia comparada en los poderes y mandatos, con el Estado Constitucional de Derecho.

1.4.2.- JUSTIFICACIÓN

Los poderes y mandatos, la necesidad de tutela jurídica:

Son instituciones necesarias reguladas en todas las naciones del mundo. Económica y socialmente un mundo sin la institución del poder y del mandato, es impensado. Veamos, si un nacional se encuentra en un país extranjero, y por las circunstancias del destino tiene la necesidad de divorciarse, lo mas idóneo es que lo haga a través de un representante, quien deberá actuar conforme a un mandato, o poder, otorgado ante Cónsul, o Notario extranjero.

El mandato y poder, son formas de cooperación que tiene una importancia práctica irrefutable porque:

1) Posibilita la realización de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad, necesidad de actuar al mismo tiempo). Veamos, si un nacional se encuentra en un país extranjero, y por las circunstancias del destino tiene la necesidad de divorciarse, lo mas idóneo es que lo haga a través de un representante, quien deberá actuar conforme a un mandato, o poder, otorgado ante Cónsul respectivo.

2) No es necesario e idóneo (significa pérdida de tiempo para el interesado, resultando no económico participar directamente en el acto).

3) Potencia la actuación de una persona, permite realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que éstos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación del sujeto.

4) Cubre imposibilidades jurídicas, toda vez que existen actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de los incapaces y de las personas jurídicas.

1.5.- LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN. (TEMÁTICAS)

1.5.1. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.-

Las líneas temáticas de investigación, son las siguientes:

- Análisis doctrinario de los poderes y mandatos.- Analiza las teorías sobre naturaleza jurídica de los poderes y mandatos.
- Análisis del derecho positivo nacional de los poderes y mandatos.
- Análisis del aspecto jurídico positivo internacional. Convenciones y Tratados Internacionales, respecto a los poderes y mandatos.
- Los poderes y mandatos, análisis histórico. Legislación Nacional, Doctrina, y Jurisprudencia Nacional.
- Los poderes y mandatos, análisis histórico. Legislación Nacional, Doctrina, y Jurisprudencia Extranjeras: Alemania, España, Francia, Italia, Argentina, y Brasil.

1.5.2.- LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN. (TEMÁTICAS)

Corresponde líneas de investigación que tenga consideración de la perspectiva multidisciplinaria que asumimos metodológicamente.

Línea de Investigación Jurídica Positiva: Constitucional, Tratados Internacionales, Derecho Civil, Comercial, Procesal Civil, Notarial, Registral.

Línea de Investigación Jurídica Jurisprudencial: Correspondiente al Tribunal Constitucional del país, a la Corte Suprema, y Tribunal Registral. Asimismo jurisprudencia jurisdiccional de Derecho Comparado.

Línea de Investigación Jurídica Doctrinal: Comprende describir, y analizar el pensamiento de los juristas de mayor predicamento en el Derecho.

Línea de Investigación Histórica: Describe y analiza el mandato y el poder desde una perspectiva histórica.

Línea de Investigación Prospectiva: Propone un Proyecto de reforma Legislativa.

1.6.- FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

La evolución histórica del mandato y poder se relaciona directa y significativamente con la protección del Principio de autonomía de la voluntad.

El tipo de teoría que utiliza el legislador otorga tutela jurídica a quienes celebran actos mediante el mandato y la representación

La tutela Constitucional del poder y mandato se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

La protección en Tratados y Convenciones Internacionales del poder y mandato se relaciona directa y significativamente con la "Positive comity".

Los fundamentos que establece la doctrina para que por medio de la representación se permita celebrar actos jurídicos relacionados entre el representante y tercero, se relaciona directa y significativamente con la ley y la autonomía de la voluntad.

La autonomía privada en las relaciones jurídicas-voluntarias de los poderes se relaciona directa y significativamente con la seguridad jurídica.

La autonomía privada en las relaciones jurídicas de los mandatos se relaciona directa y significativamente con la seguridad jurídica.

La regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Nacional, se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

La regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Pluralismo Jurídico Nacional, no se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

La regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Comparado (Legislación y doctrina), se relaciona relativa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad.

Los principios constitucionales que asume la jurisprudencia nacional en los poderes y mandatos, no se relaciona directa y significativamente con el Estado Constitucional de Derecho.

Los principios constitucionales que asume la jurisprudencia comparada en los poderes y mandatos, no se relaciona directa y significativamente con el Estado Constitucional de Derecho.

1.7.- MARCO TEORICO

Estamos esclavizados a la modernidad, el mismo que tiene como marco político institucional al Estado Nación, Soberano, o Moderno, siendo su creador teórico el francés Jean Bodin (1530-1596). Sin embargo, recién en pleno siglo XIX, el Estado Moderno será una realidad en todo el mundo, y sufrirá grandes reformas como Estado Moderno en su faceta de: Interventor, Fiscal, Populista, y de Guerra Fría. Dichas reformas han sido agotadas, y hoy somos testigos de propuestas de Estados Regionales-Continetales. La modernidad en el Derecho se consolida en el siglo XIX, en efecto a partir del siglo XIX se habla de “Estado de Derecho”, categoría conquistada para el Derecho por los Neo-Kantianos de Izquierda de la Escuela de Marburgo (Alemania), específicamente por Herman COHEN (1842-1918): “System der Philosophie” (Berlin 1921. Tomo II). Cohen sostenía que el Estado de Poder (der Machtsstaat) puede transformarse en Estado de Derecho

(der Rechtsstaat), pero sólo a partir del momento en que cese de estar a disposición exclusiva de los particulares intereses de clase. Y el Estado de Derecho, se funda jurídicamente en la Constitución Política, en el Perú dicho fundamento se encuentra en el Art. 51 de la Pacto Social vigente: Constitución de 1993, a la doctrina se le llama la Pirámide Kelseniana, en honor a su autor, el jurista vienes Hans Kelsen. Por lo tanto, una realidad se impone, y es que en la actualidad para abordar cualquier tema, es menester hacer referencia al marco constitucional. Por lo mismo, analizar “El Mandato y Poder en el Ordenamiento Jurídico”, implica hacer referencia al fundamento último de nuestro ordenamiento jurídico: La Constitución, a partir de allí parte todo análisis.

Con respecto al Estado de Derecho, no obstante que la idea “progre” se imponía, las críticas de las inteligencias más despiertas no demoraron en expresarse criticando, en Alemania el gran jurista Ihering, precisaba al respecto:

"Así el derecho no sólo puede, sino debe ser infinitamente diverso. El medico no prescribe el mismo remedio a todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad. De igual manera el derecho no dicta en todas partes las mismas disposiciones, las adapta al estado del pueblo, a su grado de civilización, a las necesidades de la época. Imaginarse que el derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todos los enfermos al mismo tratamiento. Un derecho universal para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde a la panacea universal para todas las enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman la piedra de los sabios pero que solamente los locos se ocupan de buscar"⁶

Todas las sociedades contemporáneas, tanto del Centro (Europa, USA, Japón); como las de la Periferia (América del Sur, África), son pluralistas. Sin embargo mientras las segundas siempre la afirman, las primeras la negaban hasta las primeras décadas del siglo XX. Es demostrable, que en todas las Sociedades Modernas, bajo la idea del Estado de Derecho se debe ver disimulado el derecho (subjetivo: facultad) del Estado, el mismo que reduce cada vez más los sistemas jurídicos que se distinguen de él, y al mismo tiempo afirma totalitariamente su propia racionalidad occidental a la sociedad entera. En el Perú el amauta sanmarquino JOSÉ DE LA RIVA AGUERO; plantea en su condición de Jurista el *PLURALISMO JURÍDICO*, seguramente teniendo en mente la realidad peruana que no sólo había conocido por libros sino además de forma directa (1969); citando al gran jurista alemán, RIVA AGUERO dice:

⁶ IHERING, RUDOLF VON. “El fin en el Derecho”. Buenos Aires 1946. Editorial Atalaya. pp. 211-212.

"Escribe Ihering: 'El Derecho no sólo puede sino debe ser infinitamente diverso. El médico no prescribe el mismo remedio á todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad. De igual manera el Derecho no dicta en todas partes las mismas disposiciones. (...) Imaginarse que el Derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todas las enfermedades al mismo tratamiento. El Derecho Universal, para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde á la panacea para las enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman la piedra de los sabios, pero que solamente los locos se ocupan en buscarla' (El Fin en el Derecho, cap. VII, 12)"⁷

Siguiendo la línea de Cohen, posteriormente el gran jurista Hans Kelsen (1987), encumbrará la categoría: "Estado de Derecho", colocándole de esta manera en el sitio que le corresponde en la civilización moderna. El Estado de Derecho, entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, fundamentado a partir de la Constitución -a la vez, cumbre y base de todo sistema jurídico moderno-. Sustentado en la pirámide legislativa kelseniana, principio consagrado en todas las Constituciones rígidas del mundo. No bien se consolidaba la idea del "Estado de Derecho", voces discrepantes se alzaron, todas aglutinándose en la teoría del "Pluralismo Jurídico". No existe unanimidad en definir, si la hay en señalar que el Pluralismo Jurídico pone el acento sobre un fenómeno de ocultamiento del Derecho en el cual incurren los Estados Modernos, Nacionales, o Soberanos, quienes pretenden que sólo exista el Derecho Oficial ó Estatal. Es demostrable, que en todas las Sociedades Modernas, bajo la idea del Estado de Derecho se debe ver disimulado el derecho (subjetivo: facultad) del Estado, el mismo que reduce cada vez más los sistemas jurídicos que se distinguen de él, y al mismo tiempo afirma totalitariamente su propia racionalidad occidental a la sociedad entera.

Cuando el Estado Nación se organiza en base a un Estado de Derecho, recién se percibe la necesidad en la sociedad, de un Código. Y es que, también había surgido la Sociedad de Masas, el Industrialismo, y la Imprenta. Entonces, manifestaba en su momento el gran jurista alemán **Karl Von Savigny**:

"Mientras el derecho se mantuvo en un progreso vivo, no se consideró necesario ningún Código, ni siquiera cuando las circunstancias se mostraban sumamente favorable para ello. Concretamente, en la época de los juristas clásicos no habría existido ninguna dificultad para elaborar un código excelente. Los tres juristas más celebres, Papiano, Ulpiano y Paulo, fueron Praefecti Praetorio; con seguridad, a estos no les falta interés por el Derecho ni les hubiera faltado poder para ordenar un código, si lo hubieran considerado bueno o necesario; sin embargo, no vemos ningún vestigio de un intento semejante. Y antes de esto, cuando César, llevado por el sentimiento de su fuerza y ante la corrupción de la época, quiso hacer valer en Roma únicamente su voluntad, debió de

⁷ RIVA AGÜERO, JOSE DE LA. "Concepto de Derecho; Ensayo de Filosofía Jurídica". Lima 1912. Librería Francesa Editorial ROSAY. pp. 105-106.

haber pensado también en un Código, en el sentido actual”⁸

La de Savigny es la época del jurista alemán THIBAUT, quien decía del Derecho de su tiempo:

“Imposible que alguien, así fuera el teórico más laborioso, abarcar todo el derecho y lo dominara totalmente. Cada uno sobresalía en algún aspecto, y en mil lugares ¡Noches y tinieblas!”⁹

El siglo XIX fue el siglo de los Códigos Modernos, siendo el principal patrocinador ideológico de esta gesta el lus Naturalismo Racionalista. Una vez dado el Código, surgieron sus defensores, los interpretes, todos fundamentalmente provenientes de la Escuela de la Exégesis. El estudio emprendido en España por el maestro Antonio Hernandez Gil (1944), sirve de guía histórica para conocer el desenvolvimiento de la Ciencia Jurídica Occidental, a la cual se encuentra adscrita el Derecho Peruano. La modernidad en su versión radical se expreso a través del Racionalismo lus Racionalista, la misma que desembocaría en la Escuela de la Exégesis que tuvo pleno dominio cultural en el siglo XIX, en nuestro Perú aún hoy su presencia es preponderante, tanto así que uno de los más influyentes juristas titula sus obras con el epígrafe de "Exegesis".

Efectivamente del eminente jurista **MAX. ARIAS SCHREIBER PEZET**, sus obras llevan por título la palabra “Exegesis”, y además aplica en la elaboración de sus obras intelectuales las líneas matrices de la metodología de la Escuela de la Exégesis, así por ejemplo tenemos: "Exegesis del Código Civil de 1984. Los Derechos Reales de Garantía". Tomo IV. Lima 1995. Editorial Gaceta Jurídica. Recordando en su país de origen, Francia la Escuela de la Exégesis en su de-venir histórico tiene tres fases marcadas: 1º Fundación (1804-1830), en la que destacan los siguientes juristas, Delvincourt, Proudhon, Toullier, y Melville; 2º Apogeo (1830-1880), destaca la presencia de Aubry y Rau, Marcadé, Laurent, y Troplong; y 3º Decadencia (1880-1900), tiene por exponente a Baudry-Lacantinerie y Guillaouard. Contra esta Escuela en Francia se alzó la voz de Geny, “que no sólo fue detractor y demoleador más caracterizado, sino el creador de un nuevo método” (Hernández Gil, A. 1944: p. 59). Geny cuestiona de la Exégesis su vicio capital, el inmovilizar el Derecho y cerrar el paso a toda idea nueva.

⁸ SAVIGNY, KARL VON. “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho” (1814). Madrid 1970. p. 73.

⁹ THIBAUT. “Sobre la necesidad de un derecho civil, general para Alemania”. Madrid. Editorial Aguilar. Traducción de José DIAZ GARCIA. 1970.

¿Cuales son las notas distintivas de la Exégesis?. En síntesis decimos, citando al maestro Antonio Hernández Gil, son:

“1) El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley; culto ... al texto de la ley. 2) Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. ‘Los Códigos no dejan nada al arbitrio del interprete .. el Derecho está hecho’. Detrás de la ley no hay más que esa intención que constituye toda fuente del Derecho positivo y es preciso traducir. 3) Descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible. 4) Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias de la ley se salvan a través de la ley misma, mediante la analogía. 5) Se tiene muy en cuenta los argumentos de autoridad, .. respeto a las obras de los antecesores. 6) Se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal. ‘Dura lex, sed lex’. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas”¹⁰

¿Este retrato de la ciencia jurídica europea del siglo XIX, es valida para el Perú Actual?. Aunque duela admitirlo, sostenemos afirmativamente, que sí. Por cuanto, preponderantemente la mayoría de los juristas nacionales usan el método exegético en sus planteamientos teóricos. No obstante no existir en nuestro Perú, un estudio similar al realizado en España por Antonio Hernández Gil, sin embargo, en defecto, debemos aceptar que es valido también para el Derecho, el estudio sobre la Filosofía en el Perú realizado por el maestro sanmarquino Augusto Salazar Bondy, quien hace un balance y perspectiva de ésta, señalando que:

“La filosofía <el Derecho, decimos nosotros -nota del autor-> <ha surgido> no del seno de una tradición madura”¹¹

Es pertinente recordar que el Derecho Civil Peruano (área de mayor juridicidad de la ciencia jurídica), recién sienta sus bases en los estudios del Código Civil de 1936, estudios realizados por el maestro José León Barandiarán.

Asimismo, Salazar Bondy precisa que:

“El positivismo <es> el único <que> se puede hablar de escuela entre nosotros, se ha pecado antes por espíritu de transigencia y por eclecticismo que por amor al dogma”¹²

En efecto, también entre nosotros en el Derecho se puede hablar sólo del Positivismo Exegético como Escuela, caracterizado no por amor al dogma sino también por espíritu de transigencia y eclecticismo, sobretudo en función al snobismo y el misoneísmo. Hogaño somos testigos de dicho eclecticismo, de parte del snobismo de numerosos estudiosos del Derecho que luego de

¹⁰ Antonio Hernández Gil. “Metodología del Derecho”. Madrid 1944, 1ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 57 al 59.

¹¹ Augusto Salazar Bondy. “Historia de las ideas en el Perú contemporáneo”. Lima 1967. Segundo Tomo. Francisco Moncloa Editores S.A. 1ª Edic. 1965. 2ª. 1967: p. 453.

¹² Ob. Cit. p. 455.

haber cursado estudios Universitarios de Postgrado en U.S.A. se adscriben al Análisis Económico del Derecho, lo hacen en mixtura con la Exegesis. Además, Augusto Salazar Bondy, señala que la:

“Ausencia de tradición teórica ha hecho ... superficial la obra de los pensadores peruanos ... Carácter imitativo; su evolución puede ser reducida todavía a sucesivas influencias extranjeras ... con ello a perdido sentido de reflexión auténtica, quedándose sólo en repetición y divulgación de ideas y doctrinas ... Demasiado snobismo y poco sentido crítico. La Filosofía <El Derecho, decimos nosotros> ha nacido de una historia que le señala su camino y le impone sus límites”¹³

Por estas notas distintivas del mundo intelectual peruano, no es de sorprenderse, que la comunidad jurídica peruana es peculiar. Caracteriza nuestra vida cultural la absurda y contradictoria sobrevaloración y al mismo tiempo maltrato de las figuras intelectuales de los juristas consagrados; y la mezquindad con los desconocidos o escasamente publicitados.

La modernidad forjó el Estado Moderno, Soberano, o Nación, organizado jurídicamente a través del Estado de Derecho. El ocaso de los presupuestos de la cosmovisión moderna: Razón, Ciencia, Progreso, Evolución, y Naturaleza. Lleva a que en el mundo al cabo de trescientos años el Estado Nación, y doscientos años de Estado de Derecho, haya pasado a ser consensualmente cuestionado. No obstante que desde la postguerra, se han independizado más de 100 Estados Nación (Fundamentalmente en Asia, Oceanía, y África), sumando hogaño más de 200 Estados Nación reconocidos por la Comunidad Internacional. Consecuencia del cuestionamiento, se producen cambios en los países desarrollados y en los periféricos. Estos cambios son de dos niveles:

MACRO O UNIVERSALISMO.- Con proyectos de gran escala tipo: La Comunidad Europea, NAFTA, etc. que paulatinamente se convierten en una institucionalidad tangible, que modificando la Teoría del Estado, transforma nuestra concepción del mundo, pues a ésta se integrarían Estados Unitarios, Compuestos, y Regionalizados ¿Cuál será la naturaleza jurídica de estos futuros Estados Continentales?. No tenemos la respuesta, sabemos el problema

MICRO O PARTICULARISMO.- Por cuanto estamos observando procesos de descentralización, manifestándose institucionalmente a través de lo que las diversas legislaciones han denominado Estado Regionalizado o Autonómico. En el mundo, los Estados Nación están sufriendo profundos y amplios cambios. La vida

¹³ Ob. Cit. p. 456.

exige mayor protagonismo a los ciudadanos, a las minorías (étnicas) que no son sólo las aborígenes sino también las hay producto de las migraciones internacionales, y a los funcionarios inferiores que tienen relación directa con los usuarios; se ha derrumbado la confianza depositada en todo tipo de autoridades.

¿Y Que viene Ocurriendo en el Perú? Con la independencia el Perú se vio en la necesidad de organizar el naciente Estado Nación, Moderno, ó Soberano, enfrentándose a la disyuntiva de asumir una de dos propuestas: Estado Unitario (Luna Pizarro), ó Estado Compuesto -la propuesta fundamental: Estado Federal- (Sánchez Carrión). Defensores de la primera propuesta siempre constituyeron mayoría entre juristas y pensadores políticos, y así quedo materializado dicha aplastante victoria en todas las Constituciones; excepción fue el llamado Pacto de Tacna de 1837, que además en rigor no era una Constitución sino que estableciendo la Confederación Perú-Bolivia, de fugaz vigencia: 20 meses, pretendió asimismo tener un rol semejante a la Constitución de un Estado Nación, es decir de primera ley. En el Perú, el proceso de institucionalización del Estado, coincide con ensayos descentralistas, se inicia en las últimas décadas del Siglo XIX, cuando el primer gobierno civil de nuestra historia bajo la administración del civilista Manuel Pardo bosqueja una política descentralista con la creación de los Consejos Departamentales en 1873; continua en las primeras décadas del Siglo XX, y es interrumpida abruptamente por el oncenio de Leguía. Desde 1919 hasta 1963, el centralismo fue teoría oficial, tanto que hasta los Municipios perdieron su carácter electivo popular. En el Primer Gobierno del Arquitecto Fernando Belaunde Terry, entre 1963 y 1968, se vivió una corta primavera democrática municipal. La "Revolución Militar" (1968-1980), significo un retroceso, a pesar de su proclamada modernización se preocupo en concentrar el poder en el Dictador y no implemento el Descentralismo.

De otro lado, está la experiencia integracionista, que se remonta a la época del Libertador Bolivar, siglo XIX, cuando defiende la tesis panandina, que recién será asumida la segunda mitad del siglo XX.

En la composición jurídica del Estado Nación, la División clásica entre **Estado: 1) Unitario**, en el que podemos distinguir tres variantes fundamentales: **a) Concentrado**, en la actualidad existe solo en pequeños países en los que es posible establecer un sólo nivel de gobierno que goza de poder de decisión para obligar a todo el territorio con un orden jurídico; **b) Desconcentrado**, con un nivel

central que ejecuta sus decisiones mediante funciones jerarquizadas y subordinadas, los cuales pueden delegar algunas de sus competencias; **c) Descentralizado**, que constituyen entidades relacionadas directamente con el nivel central con un grado de autonomía para actuar discrecionalmente, bajo un marco delineados por el centro. Son Estados Unitarios países como: Bolivia, Bélgica, Colombia, Chile, Ecuador, Portugal, Japón, etc; y **2) Estados Compuestos** (Federales, Confederaciones o Uniones de Estados) como son los casos de: Alemania, Argentina, Brasil, USA, Suiza, etc. Esta división entre Estado Unitario y Compuesto, cede a una dinámica de dos dimensiones que al mismo tiempo exige a nivel Macro **universalismo** y a nivel Micro **particularismo**.

El jurista, y filósofo peruano Francisco Miro Quesada Cantuarias, sintetizando con una palabra, realiza la siguiente ecuación: Premodernidad = Caos, Modernidad = Orden, y Postmodernidad = Orden del Caos. Paradigma de Derecho Premoderno sería el Derecho Romano, de Derecho Moderno el Derecho Occidental Codificado (Ejemplo, Código Civil Frances de 1804); y de Derecho Postmoderno "La Edad de la Descodificación" del Derecho, al cual hace referencia el jurista italiano Natalio Irti (1992). En esa línea de ideas, el más grande jurista moderno, el alemán Friedrich Carl Von Savigny, refiere que hacia mediados del Siglo XVIII:

"Se hizo sentir en toda Europa un afán completamente ciego por la organización (...) había aparecido una confianza ilimitada en la época actual, a la que se creía destinada nada menos que a la manifestación efectiva de una perfección absoluta. Este afán se exterioriza en todas las direcciones"¹⁴

Es decir se refiere a que el afán de perfección, de orden, se extiende a todas las áreas del conocimiento científico, también al Derecho. Hogaño vivimos con la idea matriz de orden del caos, en ese sentido vamos a estudiar la presente tesis.

1.8.- DELIMITACIÓN DEL TEMA

Sobretudo hacemos la delimitación con respecto al "Mandato y el Poder", tema matriz de la presente tesis, lleva el título por respeto a la tradición jurídica, por cuanto el tema tiene que ver además con la Representación. Analizaremos las

¹⁴ Ob. Cit. 1970. p. 51.

figuras del Mandato, la Representación y el Poder, en el ordenamiento jurídico peruano vigente al año 2011, circunscrito al **Derecho Privado**, y teniendo referencia a la legislación, jurisprudencia y doctrina, y haciendo referencia al Derecho Comparado. Sin desconocer que en este tema la Ciencia Jurídica también se encuentra en plena efervescencia y en periodo de profunda creatividad.

1.9.- ASPECTOS GENERALES CONCEPTUALES SOBRE EL MANDATO Y EL PODER.-

Mandato, Poder y Representación.

El mandato es una figura o institución jurídica que se presenta a través de un contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes, y que genera obligaciones y derechos entre los mismos.

El poder es un acto jurídico unilateral que consiste en otorgarle a una o más personas, facultades para realizar un acto jurídico o hecho jurídico.

La representación es la figura o institución jurídica que se expresa por medio de un acto jurídico, y permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona, por la actuación de otra capaz, quien actúa siempre a nombre de la primera, ésta se manifiesta a través del mandato o poder.

Mandato y Representación en el Código Civil de 1984.

El Mandato es de los contratos que ha sufrido en el Código Civil de 1984, sustancial cambio. Su variación con respecto al Código Civil anterior es notoria, recogiendo el tratamiento legislativo, autorizada y actualizada doctrina.

En la evolución histórica, aparece el contrato de mandato concebido como una forma de colaboración jurídica en la cual una persona presta un servicio a otra, consistente en la ejecución de actos que afectan la esfera jurídica de esta última, de manera directa o indirecta.

Esta definición, no da una idea de las variaciones que ha sufrido la naturaleza jurídica de dicha institución. Es sólo una búsqueda de escasos elementos que han sido comunes a lo largo del tiempo. En Roma, sólo existió el contrato de mandato, no la representación, esta surgirá con el Derecho Canónico, pero con muchas confusiones conceptuales con el Mandato. Las codificaciones de los siglos XVIII y XIX, continuará con la confusión entre mandato y representación. El primero que se consagró la firme delimitación de estos conceptos fue la Legislación Alemana, seguida de la Suiza, esto entrado el siglo XX. Antes, la doctrina desde tiempos de Bartolo (1313-1357), pasando por Pothier (1699-1772), hasta llegar a Savigny (1779-1861), y Laband (1838-1938), había formulado la distinción conceptual, clara y precisa, entre ambas instituciones

1.10- ¿POR QUÉ TUTELAR EL MANDATO Y EL PODER?.

Por que el principio que estructura el Derecho Privado, es la autonomía de la voluntad, o autonomía privada, a partir de este detalle es entendible el mandato y el poder voluntario, que se otorgan fundado en este principio, cuya base sería la Libertad. Y tratándose de representación legal, o judicial, se fundan en base a lo dispuesto por el legislador, o el juez, en casos de imposibilidad del ejercicio de los titulares de derechos, es algo necesario. En ambos casos, esta presente los Principios de Libertad, Igualdad, Solidaridad, y Seguridad, que en la teoría de Peces Barba, son los macro principios que fundan en ultima instancia la Constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico vigente en cualquier Estado Moderno.

CAPITULO II

ASPECTOS HISTÓRICOS.

2.1.- DERECHO ROMANO.

Al referirse al desenvolvimiento a lo largo de la historia de las figuras jurídicas específicamente de Derecho Privado, y más concretamente de Civil y Comercial, es inexorable, partir del derecho romano, y allí encontramos vigente el llamado "*exclusivismo en la actuación negocial*", es decir la exigencia elemental de que el propio interesado es quien dispone de sus intereses, o mejor, la dificultad de concebir y aceptar que alguien distinto de él pudiera disponer de lo suyo (*Alteri stipulari nemo potest*, D. 45.1.38.17), constituye por lo tanto este detalle el punto de partida de la existencia del Mandato y la Representación.

Si algo caracterizó al pueblo romano fue su amor a la Libertad, fue tal que estuvo muy interiorizado en sus ciudadanos, y ello se reflejo en el derecho romano, en efecto el Principio de Libertad, en ultima instancia será el fundamento del derecho privado romano, y con el transcurrir de los siglos un legado al Derecho Occidental Moderno.

"El derecho privado romano es, en realidad un monumentum aere perennius de la tendencia romana hacia la libertad (...) Limite impuesto por el sistema del derecho privado, se puede hacer lo que se quiera. Aparte de los limites del derecho publico, los vínculos de la pietas, de la fides, de la humanitas, son también fuerzas de gran eficacia"¹

El celebre jurisconsulto Cicerón, dirá de la libertad: "O nomen dulce Libertatis! o ius eximium nostrae civitatis!" (Ciceron, in verrem, II 5,63,163)

El especialista Fritz Schulz, sostiene al respecto que en las calendas. a los ciudadanos romanos:

" (...) con tenaz perseverancia. El amor por la libertad les parece una característica nacional"²

¹ SCHULZ, Fritz. "Principios del Derecho Romano". Madrid 2000. 2ª Edición, Revisada y corregida. Editorial Civitas. p. 180.

² SCHULZ, Fritz. "Principios del Derecho Romano". Madrid 2000. 2ª Edición, Revisada y corregida. Editorial Civitas. p. 165.

En los inicios y en el término de la historia del derecho romano antiguo se nos presenta dos monumentos legislativos. Convencionalmente se da por inicio la historia del derecho romano, en los años 451-450 a.C. en que fue promulgada la *Lex XII Tabularum*; y el final tuvo lugar entre los años 529 y 534 d.C, en el que se promulgo el conocido modernamente como *Corpus Iuris Civilis*, elaborado en Constantinopla, capital del imperio de Oriente, documento legislativo que fue completado hasta la muerte de su autor político, el emperador Justiniano el año 565 d.C. Dividiéndose en tres la historia del derecho romano:

Época Arcaica: Se inicia hacia los años 451-450 a.C, hasta fines del siglo II a.C, en que da paso a una reforma legal, con nuevo proceso, propuesta por la promulgación aproximadamente en el año 130 a.C., de la *Lex Aebutia* (propiamente un plebiscitum), que por primera vez dio paso al *agere per formulas* en un cierto ámbito, que serviría de modelo para ampliar el uso de ese modelo. El derecho arcaico giro alrededor de las necesidades de una comunidad fundada en la familia, en la cual el pater se constituía como la autoridad suprema. El limitado dinamismo del trafico jurídico hizo innecesario un desarrollo mayor de la parte más fluida del derecho patrimonial. Formalismo externo, incluido de ritualismo, y cierta indiferencia a los conceptos y actos jurídicos, son características de está época. Algunos nombres de juristas son Marco Porcio Catón padre (234-149 a.C), e hijo (192-152 a.C), Murcio Escevola (cónsul en el año 133 a.C), se conoce escasos escritos jurídicos.

Época Clásica: Se inicia en el año 130 a.C, y culmina en el primer tercio del Siglo III d.C. Se caracteriza por la presencia de estamentos profesionales, y tecnificados de estudiosos del derecho, fueron creadores del derecho. En el año 224 murió uno de los más destacados, Ulpiano, y le sobrevivió unos años más uno de sus discípulos Modestino. Con Ulpiano, desapareció el estamento profesional, y termino la época clásica.

El adjetivo *classicus* deriva de *classis*, de etimología desconocida, pero su sentido original es "llamada". Como termino técnico se usaba *classis* para designar el

llamamiento de los ciudadanos a las armas. Con el tiempo, *classici* adquiere el significado de “óptimo, selecto, ejemplar” (Gell. 19.8.15 *scriptores classici*). La época clásica, admite distinguir tres periodos.

Periodo Clásico Inicial: Que abarca hasta la llegada de Augusto, el año 31 a.C. Durante este periodo se fija la mayor parte de la terminología técnica del derecho privado, se introdujo la lógica (llamada dialéctica) en el estudio casuístico del derecho. Juristas representativos de este periodo, son: Quinto Mucio Escévola *augur* (cónsul en el año 117 a.C), Quinto Mucio Escévola *pont. max.* (cónsul en el año 95 a.C, muerto en el año 82), C. Aquilio Gallo (pretor en el año 66 a.C), y Servio Sulpicio Rufo (cónsul en el año 51 a.C).

Periodo Clásico Alto: Que abarca hasta el gobierno de Adriano (emperador entre los años 117-138 d.C). Representa el “siglo de oro” de la jurisprudencia romana, comparable con el “siglo de oro” de la filosofía griega. Representan esta época los juristas más geniales de roma, como Marco Antistio Labeon, a inicio de este periodo, y Juvencio Celso *filius*, y Salvio Juliano al final de este periodo. Caracteriza este periodo, la codificación del edicto pretorio como *edictum perpetuum*, que determinó su caducidad en cuanto fuente creadora de derecho nuevo, la transformación del *consilium* imperial al estilo republicano en un organismo burocrático como chancillería, con personal permanente, jerarquizado y remunerado, de donde se expedirá la nueva legislación imperial, y otros aspectos como el uso de las *orationes principis*, que sustituirán a los viejos *senatusconsulta*.

Periodo Clásico Tardío: Que abarca hasta la muerte de Ulpiano en el año 224 d.C. Es un periodo otoñal, en el cual tiene presencia figuras intelectuales como los juristas Pomponio, Papiano, Paulo, Gayo (fue desconocido para sus contemporáneos, que nunca lo citaron, pero alcanzó gran fama en la época postclásica, y autoridad ante Justiniano), y Ulpiano, menos inclinados a la creación. Se caracteriza por que se adscribieron a la burocracia imperial, y como consecuencia tienen un interés por el derecho público. Se presencia un gusto a la colección de opiniones, la fijación de problemas y controversias, en las que la jurisprudencia del periodo anterior no se había pronunciado uniforme, y estos con inclinación a soluciones eclécticas, y exposición completa del sistema del derecho civil y pretorio mediante comentarios que abarcaban todo el sistema, signo de madurez pero también de límite.

Época Postclásico: Cubre todo el tiempo posterior a la muerte de Ulpiano 224 d.C, hasta la de Justiniano (565n d.C), dentro de ella se diferencian tres periodos.

Periodo Diocleciano: Hasta el advenimiento de Constantino en el año 306 d.C, dominado por la figura de Diocleciano (emperador 284-305 d.C).

Periodo Constantino: Hasta el advenimiento de Justiniano en el año 527 d.C, dominado por la figura de Constantino (emperador 307-337 d.C). En el año 425 d.C., funda una Escuela de derecho en Constantinopla, que gracias a su biblioteca conservará la cultura de la época clásica hasta la de Justiniano.

Periodo Justiniano, cubierto por el gobierno de Justiniano (emperador entre los años 527-565 d.C). Fue un periodo de reforma del derecho, a través de la legislación, de la que es expresión el *Codex Iustinianus* (529d.C), entre otros, que constituyen en su conjunto el *Corpus Iuris Civilis*, último momento del derecho romano antiguo.

2.1.1. MANDATO EN EL DERECHO ROMANO.-

Las normas Romanas sobre el tema, están recogidas fundamentalmente en los siguientes lugares de la compilación justiniana: Instituciones 3.26 (de mandato), Digesto 3.3 (de procuratoribus et defensoribus) y 17.1 (mandati vel contra) y Código 2.12 (de procuratoribus) y 4.35 (mandati). Por otro lado, mandato y poder han despertado mucho interés entre los romanistas, quienes le han dedicado numerosos estudios.

Etimológicamente deriva de manu dare (= dar poder de representación), o mandatio, rito por el que los contrayentes, asidos de las manos, se prometían el reciproco cuidado de sus intereses y cumplir sus encargos. El mandante es designado mandator, y el mandatario es denominado procurador o is qui mandatum acceperit.

La figura del procurador o encargado de la administración de los bienes de una familia, se identifica con un liberto y se encuadraba en la praepositio, por cuanto el posible mandante encargaba a un liberto la administración de sus bienes.

En el bajo imperio, todas las familias importantes tenían un procurator. Con el transcurso del tiempo, al ser desempeñado por personas no sujetas al paterfamilias y de una posición social superior a la de los libertos, la posición de procurator se fue asimilando a la de mandatario, hasta constituir procuración y mandato una única institución, que tenía su aplicación preponderante en el ámbito procesal.

En el Derecho Romano, el mandato se configura como un contrato consensual (Digesta Iustiniani 17.1.1. pr.), se perfecciona por el consentimiento de las partes, pudiendo las partes, por lo tanto, expresar su consentimiento de cualquier manera (Digesta Iustiniani 17.1.1. 1.), sin estar sujeto a una forma determinada; es imperfectamente bilateral y gratuito, en la medida que se considera un deber moral (*officium*), basado en relaciones de amistad.

Usualmente se inicia unilateralmente, el mandante remite un encargo a quien será su mandatario (Digesta Iustiniani 17.1.1. 2.) (por carta, por ejemplo, o por medio de un nuntius), y la aceptación de éste se manifiesta con el cumplimiento del encargo o con el inicio de las gestiones conducentes a cumplirlo, como en modo tácito, aunque no haya una manifestación expresa de voluntad. También se forma el mandato si alguien asume la gestión del negocio de otro con pleno conocimiento de éste y sin protesta suya en contrario (Digesta Iustiniani 17.1.53; 17.1.6.2.). Una especie de afianzamiento de alguien a otro en su presencia y éste no lo rechazará (*praesente et non recusante*).

2.1.2. CARACTERÍSTICAS DEL MANDATO:

GRATUITO.- El mandatario no puede exigir un precio por el servicio que presta. Que ocurriría de haberlo, entonces se trataría de un arrendamiento de servicios (Gaius, Institutiones 3.162; D. 17.1.1.4; 17.1.36.1; Institutiones Iustiniani 3.26.13). Sin embargo, la gratuidad no obsta a las indemnizaciones que el mandatario puede exigir de su Mandante.

Los romanos consideraban que aceptar encargos de gestionar negocios ajenos constituía un deber (*officium*), impuesto por la amistad (*amicitia*) o por la fidelidad debida por personas subordinadas (*díentes* en sentido amplió), y que el cobro que ello de un precio contradice ese deber (Digesta Iustiniani 17.1.1. 4).

Sin embargo, si ocurría que el mandante, por agradecer el servicio prestado por el mandatario hacía una prestación pecuniaria en su favor, ello no era considerado como precio y no afectaba la validez del mandato; esta prestación graciosa y voluntario se llamaba *honorarium u honos*.

Sólo en la última época clásica se admitió la posibilidad de exigir extra ordinem (no mediante la acción del mandato) un *honorarium*, que en el lenguaje de la cancillería imperial solía ser designado como *salarium*, por parte de quien, al prestar ciertos servicios, actuó al mismo tiempo como mandatario (Digesta Iustiniani 50.13.1).

Un caso típico era la de los abogados y defensores judiciales (procuradores ad litem) cuando actuaban procesalmente en defensa de sus partes, en cuya actividad se entrecruzaban, por un lado, la prestación de un servicio, que de ser remunerado debía dar lugar al contrato de arrendamiento, y, por otro, la gestión de un negocio (jurídico) ajeno, que entraba en el círculo del mandato. Esta retribución, sin embargo, no podía depender del resultado del proceso (*eventus litis*) ni consistir en una parte de lo obtenido en aquél ("*cuota litis*"), porque equivaldría a adquirir del litigio (*redimere litem*), lo que se considera contra bonos mores (Digesta Iustiniani 17.1.7).

PERSONALISIMO.- La fides ocupa un lugar relevante en el mandatum, en cuanto envuelve confiar a otro la gestión de los propios intereses. Es, por lo tanto, un contrato *intuitu personae*, es decir celebrado en consideración de las calidades específicas de una persona. El mandatario, empero, puede encargar a un tercero la gestión del negocio que a él fue encomendado ("submandato"); en tal caso, nace una relación de mandato distinta entre el mandatario (sub-mandante) y el submandatario que les permite ejercer mutuamente las acciones derivadas (Digesta Iustiniani 17.1.8.3).

OBJETO ES UN HECHO JURIDICO.- El objeto del mandato, es decir el acto encomendado al mandatario, consiste en cualquier hecho jurídico, que pueda ser materia de una prestación obligacional. Siempre el objeto del mandato viene a ser un hecho jurídico.

Negando que el objeto del mandato puedan ser hechos materiales (con relevancia jurídica), la *negotiorum gestio*, que del mandato se diferencia por la falta de consentimiento entre los interesados, tampoco debería recaer sobre tales hechos, lo que no puede sostenerse.

Las facultades no debían consistir, de acuerdo con las reglas generales, de un negocio ilícito (*res turpis*), como cometer un delito (Gaius, Institutiones 3.157: Digesta Iustiniani 17.1.6.3; 17.1.22.6; 17.1.12.11; Institutiones Iustiniani 3.26.7)” (p. 191).

Por lo tanto, ni el mandante podía exigir el cumplimiento de la *res turpis* encargada, ni el mandatario podía conseguir indemnización por los gastos en la *res turpis* gestionada. Un mandato podía contener el encargo de cierto negocio determinado (*mandatum plurium causarum*), o de todos los del mandante (*mandatum generale de universis negotiis gerendis*, *mandatum omnium bonorum*); en este último caso el mandatario podía ser un procurador del dominus o bien cualquier otra persona.

Pese a que el mandato sea general, ciertos actos no puede celebrarlos el mandatario sin tener encargo específico de hacerlo, como, por ejemplo, la enajenación de bienes (Digesta Iustiniani 3.3.63), la venta (Digesta Iustiniani 6.1.41.1; 19.1.13.25; 20.6.7.1), la transacción (Digesta Iustiniani 3.3.60), la prenda (Digesta Iustiniani 13.7.11.7); la donación. Por el contrario, en el mandato general va incluido el poder de pagar (Digesta Iustiniani 3.3.59), y de novar (Digesta Iustiniani 3.3.58).

Frecuentemente el mandato servía para encargar negocios jurídicos típicos a otro por cuenta del mandante; en este sentido actúa en función de la llamada “representación indirecta”, como si uno encargara a otro que le arrienden o compren un bien.

INTERES DEL MANDANTE O TERCERO.- Algo decisivo para que el encargo de una gestión diera origen a un mandato, aparte la gratuidad, es que ella resulte total o parcialmente al menos en interés del mandante o de un tercero.

El mandato de una gestión que interesa exclusivamente al mandatario no es tal sino un mero consejo (*consilium*) que a nada obliga.

En sus *Res cottidianae* (Digesta Iustiniani 17.1.2; cfr. Gaius, Institutiones 3.156; Institutiones Iustiniani 3.26 pr.6), el jurisconsulto romano Gayo examina así las diferencias posibilidades que a este respecto puede ofrecer el encargo de una gestión a otro, y que a continuación reproducimos:

- (i) En el solo interés del mandante (*mea tantum gratia*);
- (ii) en el sólo interés ajeno de tercero (*aliena tantum gratia*);
- (iii) en interés del mandante y de un tercero (*mea et aliena gratia*);
- (iv) en interés del mandante y del mandatario (*mea et tua gratia*);
- (v) en interés del mandatario y de ajeno de tercero (*tua et aliena gratia*);
- (vi) en el solo interés del mandatario (*tua tantum gratia*).

Gayo concluye que todas estas posibilidades dan origen a un mandato válido, salvo la última. Gayo da ejemplos, y son: Te mandé comprar un fundo, y entretanto lo compré yo directamente: no hay acción porque no hay interés (Digesta Iustiniani 17.1.8.6) y Cfr. Digesta Iustiniani 17.1.6.5: si mando lo que te interesaba, sí no me interesó a mí, no hay acción.

Podría discutirse cuál es el interés propio del mandante en mandar algo a favor exclusivo de un tercero. Esto es el caso (ii) de Gayo: *mandatum aliena tantum gratia*. Ulpiano lo considera en Digesta Iustiniani 17.1.6.4: te mando algo que no interesa a mi, pero si a Seyo, como que des garantía por él o le prestes dineros: según Celso, tendré en tu contra la acción del mandato. En realidad, en ese caso el mandante es, con respecto al tercero, un gestor de negocios suyos que actúa por medio de un mandatario.

La posibilidad de un *mandatum tua et aliena gratia* dio origen a una figura autónoma de garantía, llamada “mandato de prestar dinero” (*mandatum credendae pecuniae*).

PLAZO.- El mandato puede contraerse desde o hasta un plazo y bajo condición (Digesta Iustiniani 17.1.1.3; Institutiones Iustiniani 3.26.13).

EFFECTOS DEL MANDATO ENTRE SUS PARTES.

El mandatario, una vez que aceptó hacerse cargo de la gestión encomendada, queda obligado a:

a) Emprenderla y terminarla según la buena fe (Digesta Iustiniani 17.1.22.11; 17.1.27.2; Institutiones Iustiniani 3.26.13), respondiendo de ello por el dolo (*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* .10.2.3; *Codex Iustinianus* 2.12.10) y la culpa (*Codex Iustinianus* .4.35.11; 4.35.13; 4.35.21); pero no por la falta de éxito final, si no se debió a aquéllos. Si el mandatario no puede cumplir debe

renunciar al mandato cuanto antes, de lo contrario queda obligado a indemnizar lo que interesó al mandante (Digesta Iustiniani 17.1.27.2).

b) Si la gestión produce efectos jurídicos, el mandatario se obliga a traspasar dichos efectos al mandante mediante los actos apropiados al fin (Digesta Iustiniani 17.1.8.9) La restitución de aquello que el mandatario está en condiciones de restituir se considera dolo (Digesta Iustiniani 17.1.8.9).

c) Asimismo se obliga a dar cuenta de lo obrado en cumplimiento del encargo (*rationes reddere*) al mandante y a restituir el dinero y las cosas sobrantes o gestionadas que de él hubiera recibido.

Ejemplos: antes del traspaso del fundo que comprastes para mí, percibiste sus frutos, también me los debes (Digesta Iustiniani 17.1.10.2). Incurristes en mora de devolverme el dinero sobrante; me lo devolverás con intereses (Digesta Iustiniani 17.1.10.3).

Además el cumplimiento del mandato está regido por dos principios combinables:

a) El mandatario debe actuar dentro de los límites del mandato (*fines mandati*) (Digesta Iustiniani 17.1.5 pr; Inst. 3. 26.8);

b) El mandatario puede hacer mejor la condición del mandante, pero nunca peor, en relación con las instrucciones recibidas (Digesta Iustiniani 17.1.3 pr.: (*nec melior*) *nec deterior*; Digesta Iustiniani 17.1.5.5).

Cuando se aparta totalmente de ellas, se considera que hace algo distinto (*aliud quid facere*) que no empece al mandante, de modo que lo actuado queda activa y pasivamente para el mandatario; sin perjuicio de lo cual, se mira como no cumplido, y debe responder por ello el mandatario. Ilustrado con un ejemplo sería: Te mandé que compres en 100 la casa de Seyo y comprastes la de Ticio; aunque haya sido en un precio menor, no cumplistes el mandato y respondes por lo que importó el cumplimiento (Digesta Iustiniani 17.1.5.2), sin que puedas exigirme aceptar la casa de Ticio.

Cuando, sin apartarse de sus instrucciones el mandatario, su gestión empero excede de los límites del mandato en perjuicio del mandante, los sabianos consideran incumplido el contrato, dando al mandante la acción por cuanto le había interesado su cumplimiento y negandosela al mandatario; los proculianos lo consideran cumplido en la parte en que la gestión realizada quedó comprendida en el mandato, dando ambos sus acciones, pero al mandatario sólo hasta el

límite fijado, de modo de tener que soportar el exceso.

Si el exceso es en beneficio del mandante, lo obrado por su mandatario empece a aquél y lo obliga, porque su condición se ha hecho mejor. Ilustrado con un ejemplo casuístico, sería: Te mandé comprar en 100 y comprastes en 50: no puedo desconocer la venta (Digesta Iustiniani 17.1.5.5.).

Cuando el mandatario actúa por defecto en perjuicio del mandante, como su condición se hace peor, se considera incumplido el mandato. Si no hubo perjuicio, el mandato está cumplido. Con un ejemplo casuístico, sería: Te mandé vender mi fundo en 100 y lo vendiste en 50: no me empece la venta y puedo reivindicar el fundo (ya que el mandatario vendió cosa ajena), sin que el comprador me pueda oponer la *exceptio rei venditae et traditae*, como sí podría hacerlo de haberse respetado el precio (Digesta Iustiniani 17.1.5.3.) Te mandé afianzar hasta por 1,000 y lo hiciste por 500: ello empece al mandante (Digesta Iustiniani 17.1.33.)

Cuando el mandatario obra por defecto en beneficio del mandante, como hace mejor su condición, cumple el mandato. Con un ejemplo casuístico, sería: Te mandé comprar en 100 y compraste en 50: debo reconocer la venta y quedo obligado a reembolsarte ese precio (Digesta Iustiniani 17.1.5.5.).

Por su parte, el mandante estaba obligado a proporcionar al mandatario los medios y recursos necesarios para el cumplimiento del encargo (“provisión de fondos”) o a reembolsar las expensas y los gastos asumidos por él con dicho objetivo (Digesta Iustiniani 17.1.10.9; 17.1.12.9; 17.1.27.4.; 17.1.56.4), también los perjuicios que personalmente hubiera sufrido en el cumplimiento del mandato.

En este sentido el mandato es uno de aquellos contratos que modernamente se llaman “sinalagmáticos imperfectos”, porque es eventual la obligación de una de las partes.

EFFECTOS DEL MANDATO FRENTE A TERCEROS. IUSSUM.

El mandato, por sí solo, no afecta a terceros.

Cuando el mandatario actúa ante terceros, su gestión lo afecta pasiva o activamente a él, y no al mandante, en la forma precedentemente examinada; es él, en consecuencia, quien adquiere el dominio de las cosas o la titularidad de los derechos reales de que se trate, lo mismo que es él quien contrae o adquiere las pertinentes obligaciones; ni el mandante contra terceros ni éstos contra el

mandante tienen acción alguna. Las relaciones entre el mandante y el mandatario quedan regidas por el contrato, de modo que, como se vio, éste debe traspasar al mandante los efectos de su gestión por los medios apropiados; y las relaciones entre el mandatario y los terceros quedan cubiertas por los actos y acciones derivadas que sean, pasados entre ambas partes.

El mandato, por lo tanto, no opera el efecto de la “representación directa”, según lo cual lo actuado por el mandatario y sus consecuencias jurídicas se radiquen ipso iure en cabeza del mandante, como si hubiera sido éste quien hubiese actuado, porque el mandatario opera no sólo en interés ajeno sino además en nombre ajeno. Su efecto, en cambio, es el de la llamada “representación indirecta”, que en realidad no es una verdadera representación. Puede ocurrir, sin embargo, que el interesado, junto con celebrar un mandato, pronuncie una “autorización” (iussum). Ella tiene como destinatarios tanto aquel a quien le es conferida, en este caso, al mandatario, cuanto al tercero con quien el autorizado actuará; y en eso radica la primera diferencia con el mandato, que sólo se dirige al mandatario. Pero el mandatario autorizado y el tercero no son parte del iussum, sino “receptores”, porque la autorización es un acto unilateral del iubens, que no requiere, en consecuencia, de una contraparte que consienta, sino sólo de personas que tomen conocimiento de haber sido conferido; y en esto radica la segunda diferencia con el mandato, que es un acto estructuralmente bilateral.

El iussum no exige formas para ser conferido, pero es necesario que sea puesto en conocimiento, también de cualquier manera, de sus destinatarios o receptores.

Digesta Iustiniani 15.4.1.1.: el iussum puede conferirse ante testigos, por carta, verbalmente o por mensajeros. También puede ser especial para un negocio, para todos o varios

Ahora bien la sustancia del iussum consiste en declarar el iubens que asumirá para sí las consecuencias activas y pasivas del acto de la persona autorizada. Este iussum no se identifica con el “poder de representación” del derecho moderno, aunque también éste es un acto unilateral y distinto del mandato, al cual puede o no acompañar (dando origen a la distinción entre mandato con representación y sin ella). Este “poder”, como su nombre lo indica, produce representación “directa”, que el iussum no produce (salvo si se confiere a una

persona sometida, como un hijo o esclavo, por derecho pretorio). En Digesta Iustiniani 15.4.1.1. aparece la fórmula del iussum: “el negocio que quieres celebrar con mi esclavo Estico a mi riesgo” (*quod voles cum Sticho servo negotium genere periculo meo*).

De esta guisa el iussum prácticamente puede venir a producir los efectos de la representación directa, aunque no sea tal, en el sentido de traspasar al iubens las responsabilidades derivadas del acto de otro

EXTINCIÓN DEL MANDATO.

La muerte del mandante extingue plenamente el mandato acordado y aún no iniciado (*res adhuc integra*), y en principio pone fin al que está en desarrollo. El mandatario sabedor de la muerte debe cesar de inmediato en la ejecución del encargo; si, ignorándola, continúa la gestión, vale lo actuado como si el mandante estuviera vivo.

La acción del mandato es operable entre los herederos del mandante y el mandatario para lo obrado por éste hasta el momento del fallecimiento (y eventualmente después) y para liquidar las cuentas pertinentes (Gaius, *Institutiones* 3.160; *Fragmenta Vaticana* 333; Digesta Iustiniani 17.1.26 pr.1; Digesta Iustiniani 17.1.58 pr.; *Institutiones Iustiniani* 3.26.10; *Codex Iustinianus* 4.35.15).

La jurisprudencia no admite un mandato post mortem mandatoris, es decir conferido para que el mandatario lo cumpla después de fallecido el mandante; de manera que la muerte de éste no lo extinga. Estos ejemplos: mandato de hacer un monumento después de la muerte (Digesta Iustiniani 17.1.12.17.), de comprar un fundo para los herederos (Digesta Iustiniani 17.1.13.), de manumitir un esclavo entregado en vida (Digesta Iustiniani 17.1.27.1.), están interpolados, como consecuencia de la decisión general de Justiniano de dar validez a los atos post mortem. Según esto, los herederos pueden exigir el cumplimiento del mandato con la acción directa y el mandatario sus gastos con la contraria. Tampoco puede haber un iussum post mortem mandatoris (Gaius, *Institutiones* 3.158; cfr Digesta Iustiniani 46.3.108 itp).

La muerte del mandatario también extingue el mandato no iniciado y pone fin al que está siendo aplicado (Gaius, *Institutiones* 3.160; *FV.* 333; Digesta Iustiniani 17.1.27.3; *Institutiones Iustiniani* 3.26.10). Los herederos del mandatario

deben cuidar que el mandante no recia perjuicios por el ese de las actuaciones.

Un *mandatum post mortem* del mandatario, para que sea cumplido por los herederos de éste, es invalido, en virtud del general principio de que una obligación no puede nacer en la persona del heredero (Gaius, *Institutiones* 3.158).

2.1.3.- PODER EN EL DERECHO ROMANO.

En roma no se conoció el poder. Para los jurisconsultos romanos, era imposible que un acto jurídico pudiera crear derechos y obligaciones para otras personas que aquellas que habían participado en él.

Inclusive el rechazo a la idea del poder, se expresará en principios jurídicos, como los siguientes: 'pero extraneam personam nihil adquiri potest' (CAYO, parrafo 95) y, 'per liberam personam nobis adquiri nihil potest' (por persona libre nadie puede adquirir derecho); asimismo aparece en escritos de JUSTINIANO: "si quin alli quan cujus juri subjectus sit stipuleter hijil agit" (*Institutas* 3.19.4).

No sólo se negaba el poder voluntario, sino también se negaba el legal. Nos refiere Ruy DE LA RIVA ROSSI:

"Así, el tutor, cuando intervenía, tenía que obligarse él directamente, aunque el acto fuese en interés del menor, salvo que sólo lo hiciera con su 'interpositio autoritatis' (consintiendo el acto celebrado por su pupilo, mayor de 7 años)"³.

El mismo DE LA RIVA ROSSI, explica que el régimen existente era que los '*alieni juris*', sometidos a la patria potestad, no obligaban con sus estipulaciones al '*pater familias*', quien sólo por sí mismo era capaz de obligarse, por el contrario, los derechos que adquirirían eran para el '*pater familias*' porque se consideraba la familia como una sola persona jurídica siendo los sometidos a la patria potestad, sus órganos para adquirir derechos.

Dos juristas, uno peruano y el otro español, mencionan razones por las cuales, el derecho romano no asimilo la figura del poder.

³ DE LA RIVA ROSSI, Ruy. "La Representación". Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1964. p.. 15.

El jurista español Federico PUIG PENA⁴, señala las causas por las cuales la figura del poder era negado en el derecho romano, señala:

"La peculiar idea que los romanos tenían de la dignidad personal que les hacia repugnar, como dice ARIAS RAMOS, toda sustitución de personas; el concepto de la obligación contractual como vinculo entre personas determinadas; el formalismo primitivo de los modos de obligarse, incompatible con la representación; el uso frecuente del "nuntius" y la peculiar organización familiar romana, ya que el "pater familias" se servía de hijos, esclavos y personas en 'mancipatio', como medios auxiliares de su actividad jurídica".

Cabría agregar a dichas razones, la excesiva rigurosidad, y el formalismo que daban los romanos al derecho.

Por otro lado, el jurista peruano José ITURRIAGA ROMERO, sostiene que el derecho romano primitivo rechazó la figura del poder basados en tres razones fundamentalmente: 1) Necesidad de participar con la propia actividad en la conclusión de los negocios jurídicos; 2) La familia era una unidad cerrada, y sólo sus miembros podían ejercer actividad Jurídica por ella, rechazando la intromisión; y 3) El 'pater familias' fue el único titular de derechos. Además, enfatiza ITURRIAGA ROMERO⁵:

"Las más profundas raíces del rechazo a la representación directa. Se hallaban en el sentido ético romano que cría en la libertad de la persona humana y respetaba su voluntad en el Derecho Privado (...) No se podía admitir, por consiguiente, la representación inmediata o directa, tanto la voluntaria como legal, sino únicamente la indirecta, ósea: que el cooperador actuaba en su propio nombre y no en nombre del principal."

2.2.- DERECHO INTERMEDIO (FEUDAL).

En el llamado derecho intermedio se conservaron y respetaron las líneas maestras del instituto forjado por el derecho romano. La doctrina, muestra coincidencia en señalar que escasas alteración sufrieron los principios romanos en manos de los glosadores, de las legislaciones de los pueblos germánicos, y francos. En el aspecto practico, sí se observa que el empleo del mandato fue muy escaso en estos pueblos, a diferencia de lo que ocurrió más tarde cuando se experimento en los mismos pueblos un gran desenvolvimiento de la actividad

⁴ PUIG PENA, Federico. "Compendio de Derecho Civil Español", Torno I (Parte General), Ediciones Nauta, Barcelona 1966. p. 715.

⁵ ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 33

comercial. Acerca de este periodo Jorge MOSSET ITURRASPE, menciona que son características los siguientes aspectos.

“a) En las obras de Azzone y de Accursio se empiezan a perfilar los contornos de una figura que va a adquirir gran importancia la de procurador a quien se confía la libera administratio rerum, investido de poderes más amplios que el procurator omnium administratio bonorum;

b) Se destaca que el mandato puede otorgarse fra amici estranei y de ahí la necesidad de admitir, tal como aparece en Roma, la promesa de una recompensa para gratificar esos servicios. (...)

Cuiacio y Donello, insisten sobre el particular y en destacar la diferencia entre mandato y la locación de servicios, en cuanto la recompensa, en el primero no está prevista como obligación (...) reciproca mandatario.

c) La práctica mercantil, así como vulgarizó el mandato y contribuyó a consagrar el derecho a una recompensa -y la admisión de la representación- fue poco a poco perfilando una figura paralela, la comisión; y por último

d) El derecho intermedio consagra el mandato representativo”

2.3.- PRINCIPALES TEORÍAS DE JURISTAS CONNOTADOS.

2.3.1.- BARTOLO Y LA REPRESENTACIÓN DIRECTA.-

El aporte de Bartolo de Sassoferrato (Italia 1313-1357), se encuentra en la afirmación del principio de la representación directa. Que con el transcurrir de los tiempos tendría una importancia trascendente en la configuración moderna del mando y la representación. Para Bartolo, si el mandatario actúa en los límites de sus atribuciones los efectos del acto por él realizados recaen automáticamente sobre la persona del mandante, lo cual exige la actuación del mandatario ajustada a las instrucciones recibidas y, además, que los terceros con quienes contrata conozcan la existencia del encargo y las facultades acordadas.

2.3.2.- POTHIER Y LA REPRESENTACIÓN.-

Robert Joseph Pothier (Francia 1699-1772), con una labor simplificadora, y buscando ordenar la materia jurídica existente en su tiempo, aporta con las ideas siguientes:

- a) Señala que la manera más común de otorgarse el mandato es por medio de un acto que se llama “procuración”. El mandante declara “por esta procuración que da poder a una persona para hacer por él y en su lugar tales negocios”⁶
- b) El mandato debe ser cumplido de buena fe. Y la buena fe es “la que obliga al mandatario a no ejecutar el encargo, cuando de la realización pueda seguirse perjuicio para el mandante”⁷. En caso de requerir, el mandatario debe “dar aviso comunicando sus razones y requerir nuevas instrucciones”⁸
- c) La responsabilidad del mandatario debe alcanzar “según la naturaleza del asunto”⁹ a la culpa levísima, pues aunque se trate de colaboración de confianza y gratuidad ello no lo autoriza, muy por el contrario, a proceder con negligencia o descuido.
- d) Las convenciones, acuerdos destinados a limitar la responsabilidad del mandatario, no excusan su mala fe.¹⁰
- e) No existe posibilidad que un mandatario pretenda compensar los perjuicios ocasionados al mandante, con los beneficios que su actuación, en otros aspectos o asuntos, le haya producido.¹¹
- f) Siguiendo a Bartolo, sostiene que “los efectos activos y pasivos de la gestión cumplida por el mandatario en los límites de las facultades dadas, aunque medie abuso (...) no exceso, recaen directamente sobre el mandante”¹².
- g) La extinción del mandato, a causa de la muerte del mandante, admite excepciones; el caso del encargado de una casa de comercio, el supuesto de los asuntos que deben continuar después de la muerte¹³.

Pothier trató extensamente y por separado las procuraciones judiciales y los poderes generales. Distinguió el mandatario del locador de obra o de servicio, diciendo que en estas figuras median subordinación y de allí que quien loca sus servicios debe permanecer bajo la dependencia y la dirección del locatario.

Pothier, sobretodo desarrolló el principio concerniente a lo que es objeto de los contrato, dicho principio es, que: “No hay más que lo que una de las partes contratantes estipula para si misma, e igualmente lo que una de ellas promete a la

⁶ Pothier, Robert Joseph. Oeuvres Completes, Traité du contrat de mandat, T I. París 1821. p. 27.

⁷ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 21.

⁸ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 36.

⁹ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 40.

¹⁰ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 41.

¹¹ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 44.

¹² Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 82.

¹³ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 99.

otra que pueda ser objeto del contrato: *Alteri stipulari memo potest* (Instit. de iunt. stipul., § 18)"¹⁴. En ese orden de ideas, el consentimiento, juega un gran papel: "Es necesario ser capaz de consentir, y por consiguiente tener el uso de la razón, para ser capaz de contratar. Es, pues, evidente, que consentir. Los cuerpos y comunidades, las juntas de parroquia, los hospitales, etcétera, que no son más que personas civiles, no pueden contratar por si mismas; pero pueden contratar por el ministerio de sus síndicos y administradores"¹⁵. Además Pothier, hace referencia a los pródigos, los menores, las mujeres casadas, al carecer de consentimiento están impedidos de celebrar contratos, entonces celebraran a través de sus mandatarios.

2.3.3.- SAVIGNY Y LA REPRESENTACIÓN.-

Federico Carlos de Savigny (Alemania 1779-1861). Considerado por la doctrina Europea, como una de las cumbres más altas del pensamiento jurídico occidental de todos los tiempos, se ocupa de la representación en distintas obras: 1) "Sistema de Derecho romano actual", (tomo III, nº 113), en la que desarrolla algunos principios de la representación sin llegar a profundizar en el tema, como si lo hará en 2) "Derecho de las obligaciones" (tomo II, parágrafo 54 y siguientes.), obra donde SAVIGNY desarrolla su teoría acerca de la representación.

En general, Savigny se ocupará de la representación desde la perspectiva de la actuación de una persona por otra, estudiando los diferentes clases de convenciones que hallamos en el derecho romano, y pasará a establecer como se llega a la perfección de la misma, estableciendo que dichos acuerdos pueden llevarse a cabo con la presencia de las partes, o en su ausencia, y en este último caso el negocio puede concluirse, sea por carta o por medio de un intermediario (*lettre vivante, nuncio*). Postula la teoría del Nuncio, por ello para el celebre jurista alemán el negocio que se realiza por medio de un intermediario, es por medio del nuncio o mensajero, que es un simple portador de una voluntad ajena; por lo tanto este nuncio no se postular que concrete un contrato cuyos efectos deben recaer en una tercera persona. Para Savigny, las partes son las que contratan, y el mensajero será un simple instrumento que transmite la voluntad de las

¹⁴ Pothier, Robert Joseph. "Tratado de las Obligaciones". La Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal . p. 41.

¹⁵ Pothier, Robert Joseph. "Tratado de las Obligaciones". La Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal . p. 38.

partes, el mensajero es un instrumento privado de conocimiento como puede ser una carta, negará importancia a la voluntad del mensajero.

Siendo el derecho romano, la base del estudio de SAVIGNY, este siguiendo el casuismo romano, para sustentar su teoría pondrá el siguiente ejemplo:

“Así, deseo comprar un caballo, el vendedor exige 100 por él, yo no puedo llegar a tal suma, y nos separamos sin contratar, pero envío más tarde a un mensajero con la declaración que accedo a la demanda de mi contratante; ese mensajero es entonces portador de una respuesta afirmativa, sin que él sepa de que se trata; él es por consiguiente un instrumento privado de conocimiento y de voluntad, absolutamente como una carta. (..) o que por el contrario, muchas resoluciones por mí autorizadas, de las cuales él eligiere una libre y espontáneamente. Importa por consiguiente poco que el representante aparezca en la operación con más o menos iniciativa”¹⁶

Mas adelante, el mismo Savigny sustenta su tesis, formulando las siguientes ideas:

“Nadie dudará, sin embargo, que ese contrato no deba valer, absolutamente igual como si hubiera sido concluido por sí mismo. Finalmente encargo al mensajero a tratar un precio más aproximado que posible es 80, y hasta de dar entre tanto su consentimiento hasta 100 en caso de estimarlo necesario. Ahora, el mensajero no es más que antes, él está completamente sin voluntad, aunque se le ha dejado cierta libertad de conducta. El caso donde él ha tratado a 100 es absolutamente sobre la misma línea que el caso precedente: si él ha tratado a 80 seguramente hay una cierta iniciativa de parte del representante. Entre tanto se buscará difícilmente notar una diferencia entre los dos casos, el representante aparece como simple mensajero, en el sentido que con el primer caso el intermediario aparece como simple mensajero con efecto directo de los efectos del contrato a encargo a un representado, mientras que en el segundo caso al aparecer como munido de poder y originar él las acciones útiles para y contra el representado; nosotros daremos aun un paso más adelante. He visto pues en la casa de un comerciante muchos caballos sobre los cuales cada uno parece tener sus ventajas y sus inconvenientes especiales. Doy a una persona que conoce más que yo de caballos el encargo de elegir para mí el caballo que

¹⁶ SAVIGNY, F.C. Von, “Sistema de Derecho romano actual”, tomo III. pp. 202-203.

él considere el más conveniente para mí, y comprarlo en mi nombre, y por ésta misión yo le dejo más o menos libertad en la determinación del precio. Aquí el representante tiene un campo de acción muy amplio para decidir y hacer sus gustos, concluyendo él un contrato en mi nombre; se debe entonces, sin dificultad considerarlo y tratarlo como el simple mensajero de los casos precedentes ... La comparación de estos casos diferentes conducen a la convicción que todos los actos mirados jurídicamente tienen su naturaleza absolutamente similar. Importa poco que el representante lleve a la otra parte mi resolución única.”¹⁷

La figura más destacada de la escuela histórica del derecho, SAVIGNY en su teoría de la representación reconocerá distintos supuestos de intermediación, sin establecer ninguna distinción entre ellos. Para él, la voluntad que interesa en la representación es la voluntad del dominus o representado, por que ella concluye el negocio, y no la del representante. Esta elaboración teórica significará el primer gran aporte de la ciencia jurídica germánica del siglo XIX a la teoría de la representación. Sobre la base de estos estudios, autores posteriores habrían de expresar sus ideas, considerando los supuestos de intermediación estudiados por el jurista alemán no como una sola institución; sino como supuestos distintos encuadrables dentro del figuras jurídicas distintas.

2.3.3.1.- CRITICAS A LA DOCTRINA DE SAVIGNY.-

El encargado de formular, la critica a las doctrinas de SAVIGNY, fue HUPKA, señalando que: “En un poder concebido en términos generales, es imposible concebir el mismo como si fuera o contuviera la suma de las declaraciones que el apoderado hará en el futuro, pensadas como si es el representado quién las hace, porque así éste lo concibió. Tal conclusión inaceptable, podría creerse que puede ser viable en el caso de un poder concebido en términos expresos, sin embargo, allí también sería posible; así el poder no dejara la más mínima dosis de discrecionalidad en la persona del apoderado, ello no es cosa idéntica a la declaración formulada en el caso representativo.”¹⁸

Josef HUPKA, respecto a la teoría de SAVIGNY, sostiene además que no es la misma cosa la voluntad de otorgar el poder, y la voluntad contractual que se declara en el negocio principal, ello inclusive es así en el caso en que el

¹⁷ SAVIGNY, F.C. Von, “Sistema de Derecho romano actual”, tomo III. pp. 202-203.

¹⁸ HUPKA, Josef. “La representación voluntaria en los negocios jurídicos”. Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. pp.38-39.

poder se hubiera concretado hasta el último detalle; la persona que otorga poder a otro para que contrate en su nombre y de su cuenta no es quién pone la manifestación de voluntad en el negocio, toda vez que quien realmente realiza es el representante.

Por otro lado Luigi MOSCO, también critica duramente la teoría de Von SAVIGNY y encuentra el punto vulnerable de la misma en los distintos casos de intermediación que plantea el célebre autor alemán sin hallar entre ellos no obstante, distintas situaciones que relata, diferencia alguna en cuanto a la ley que ha de aplicarse a los mismos¹⁹.

2.3.3.2.- POSICIÓN DEL AUTOR RESPECTO A LA DOCTRINA DE SAVIGNY

Es que SAVIGNY, considera al representado como quien manifiesta la voluntad en el acto de intermediación, y al representante, como a un simple mensajero, a un portador de una voluntad ajena. ¿Cómo llega a esa conclusión?. En base a un análisis casuístico, iniciando por el caso de un representante que tiene por completo restringido su libertad de decisión, hasta llegar a un tercer caso, en la que el representante tiene facultades mayores. En el primer caso, el representante o intermediario es el encargado de llevar una aceptación a una oferta contractual completa y determinada. En el segundo caso, el representante o intermediario debe concluir el negocio dentro de un precio base y máximo, es decir tiene un ámbito de decisión mayor al del primer caso. En el tercer caso, nos plantea la mayor amplitud de decisión para el representante o intermediario, ahora no sólo tiene libertad de determinar el precio, sino también de escoger dentro de los caballos del comerciante. Si comparamos un caso con otro, la amplitud de decisión o discrecionalidad que otorga el representado al representante o intermediario, va en aumento, sin embargo SAVIGNY considera en todos los casos como si se tratara de una misma figura jurídica, no percibe diferencia alguna, y siempre desconociendo valor a la voluntad del representante. A nuestro entender en los dos primeros casos planteados por Savigny, estamos ante la figura del nuncio, y en el tercer caso se presenta la figura de la representación. En todo caso, las ideas jurídicas de SAVIGNY, son un desarrollo doctrinal decisivo, en la medida que contribuye a

¹⁹ MOSCO, Luigi. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Barcelona Traducción por F. Cerrillo Quilez. Colección Nereo. p. 123.

posteriores concepciones de mayor consistencia y rigor, respecto al tema en estudio.

2.3.4.- MANDATO Y REPRESENTACIÓN EN LA CODIFICACIÓN DEL MUNDO MODERNO.-

Es lugar común pensar que la doctrina alemana determina los contornos del Mandato y la Representación moderna, y por lo tanto de su acogimiento legislativo en los Códigos Civiles, sin embargo nada más lejos de la realidad. Si hay un precedente, corresponde a una de las corrientes de pensamiento más poderosas de la historia de la humanidad. En efecto, la concepción que se vertió en las primeras codificaciones civiles modernas, fueron de un innegable signo iusnaturalista, ello es así desde mitad del siglo XVIII en adelante. En tal sentido es posible mencionar al Código bávaro (1756), Código prusiano (ALR, 1794), *Code civil francés* (1804-1808), Código austriaco (ABGB, 1811), Código de comercio alemán (ADHGB, 1861), Código civil alemán (BGB, 1896-1900), Código civil italiano de 1865, y por esos conductos, pasó a los Códigos Civiles latinoamericanos (siglo XIX) y al Español (1889), “con sus sabidas aproximación e interferencia de representación y mandato”²⁰.

Dentro de la corriente iusnaturalista, es preciso mencionar a HUGO GROCIO (1583-1645), el jurista y filósofo holandés, de notable influencia en las primeras codificaciones, al punto que permite sostener a Fernando Hinestrosa, que: “La concepción del BGB en materia de representación es tributaria de esa tradición (*Usus Modernus*) y, por dicho conducto, también lo es la del *código civil italiano* de 1942, que tanto ha influido en la codificación latinoamericana contemporánea”²¹.

GROCIO, fue el pensador de la ilustración que tiene la valentía de romper con el derecho romano, en tal sentido, a decir de Fernando Hinestrosa, lo decisivo para Grocio es sólo determinar: “Si existe o no un *Auftrag* [encargo], un *mandatum generale* o *speciale*, y nada más, que revele el ser *extraneus* o *potestati domini subiectus*: el mandato del tercero, con el consentimiento correspondiente (o, en su caso, el consentimiento posterior sustitutivo, la *ratihabitio*) son plenamente suficientes para perfeccionar el efecto jurídico pasivo en su persona”²².

²⁰ HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.99.

²¹ HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. p. 97.

²² HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. p. 98.

Grocio, tiene ideas precisas y perfectamente sustentadas acerca del mandato y la representación, Fernando Hinestrosa citando a De Lorenzi, en tal sentido menciona que Grocio trata: "La representación dentro de las promesas contractuales, que pueden ser hechas o aceptadas, igual por el sujeto para sí o para otros, tanto en nombre propio, como en nombre ajeno, y se desenvuelven y realizan por medio del mandato, instrumento mediante el cual los efectos de la operación celebrada entre representante y tercero, tanto activos como pasivos, recaen sobre el mandante representado, en cuanto el representante indicó que obraba a nombre de éste"²³.

Sin embargo, a comienzos del siglo XIX surgirá en la Pandectística alemana una fuerte corriente "restauradora", que en nombre de "conceptos jurídicos puros", negará la posibilidad de la eficacia directa de la representación. Entonces el dogma recepcionado pacíficamente en el sentido de concebir al mandato como un contrato que tiene por objeto transferir un poder de representación, será severamente cuestionado.

Siguiendo la obra citada del jurista colombiano Fernando Hinestrosa, debemos señalar que en este sentido, una obligación derivada del contrato de otro no sería una *obligatio ex contractu*, dado que aquellos entre quienes surgió no celebraron entre sí el contrato. Ante esta inconsistencia, SAVIGNY, tras de entender la prohibición romana con alcance circunscrito a la sola *stipulatio*, mostrará a la representación como una figura aparte, autónoma, al margen del mandato y de las *actiones adiecticia qualitatis*. El representante, "instrumento" del representado, cuya voluntad de aquel transporta, y luego transmite al tercero. Implícitos están dos momentos de la relación jurídica. Primer momento, como simple facilitación, toda vez que los órganos jurídicos de un individuo son como multiplicados, de manera que por intermedio suyo se realizan negocios jurídicos que de lo contrario nunca se realizarían, admitiendo una asimilación del representante al nuncio. Entonces, como segundo momento y conclusión forzosa es que el representado es el verdadero contratante, y ello no por una ficción, sino sobre la base de la intervención de su voluntad específica, transportada y manifestada por el representante (*Träger der Wille* = portador de la voluntad). Inmediatamente después de la contraposición entre las teorías de la cesión (*Zessionstheorie*) (MÜHLLER, PUCHTA) y del negocio (*Geschäftstheorie*) o también de la voluntad del representado (*Geschäftsherrntheorie*) (SAVIGNY, DERNBURG), surgió la teoría de la representación (*Repräsentationstheorie*) (ideas encarnadas originariamente en los juristas alemanes BUCHKA, y HUPKA),

²³ HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. p. 98.

caracterizará a esta corriente doctrinal, como su misma denominación indica, privilegiar la posición del representante, a quien se imputa el negocio, aparte de que sus efectos tengan como destinatario al representado, conforme a la cual, conservando la voluntad como el eje de la explicación del negocio jurídico, es la del representante y no la del representado la que crea el negocio y determina sus efectos: el acto es de aquel, pero los efectos se radican en cabeza de este, en desarrollo de una ficción y en cuanto esté provisto de un poder y diga que obra a nombre ajeno (WINDSCHEID, IHERING, BRINZ, ZIMMERMANN, LABAND). Teoría por cuyo cauce se llega a las figuras del *Handlungsbevollmächtigte* (dependiente, gestor) y del *Prokurist* (factor), de suyo autorizados para celebrar los contratos propios de sus funciones y dentro del ámbito de ellas, por cuenta del principal y sin asumir responsabilidad personal, atribuciones inherentes a su condición y que, conforme al código de comercio (HGB) de 1861, no pueden ser restringidas: "concepto comercialista de la representación". En fin, el BGB acogió ampliamente la teoría de la representación, habiéndose de destacar y, delanteramente, que allí, por primera vez, la figura de la representación adquiere individualidad y autonomía. Con ideas más claras, a fines del siglo XIX, LABAND (en 1886), destacará la autonomía del poder representativo (*Vollmacht*) frente al mandato (*Auftrag*), poder aquel que es producto de la voluntad del representado, e impulsó la llamada "teoría de la separación" (*Trennungstheorie*): separación entre *Ursache* y *Wirkungen* (razón de ser y efectos), estos últimos asignables solamente al representado, y del negocio de procura frente a la relación interna de gestión y el encargo-mandato, para alcanzar un "paradigma 'comercialista' de la conceptualización de la figura de la representación". Su contribución fue definitiva para la autonomía de la representación: hay mandato sin poder, como también hay poderes sin mandato (*Vollmachten ohne Auftrag*), tal el caso del *Prokurist* y de los representantes de sociedades, cuyo poder representativo no deriva de mandato; así mismo, pueden darse hipótesis en que el poder rebasa al mandato. El representante no obra con base en la voluntad del representado, sino sobre la base del poder (*Prokura*). Ello, puede decirse, constituyó un logro definitivo para la explicación y la disciplina de la figura, la distinción entre representación y mandato, y por esa vía, entre el apoderamiento, que reza con la atribución de facultades de intromisión en la esfera del interesado, y es lo que importa al tercero contratante (*Aussenverhältnis*), y la relación de gestión, interna (*Innerverhältnis*), cuyas reglas gobernarán el comportamiento del gestor para con el interesado y de este para con aquel.

En nuestra doctrina nacional mucho se ha resaltado el aporte de LABAND, en la construcción doctrinal moderna del Mandato y la Representación, no obstante

encontramos indicios que los juristas, no han conocido de fuente primigenia las ideas del citado jurista, en el sentido afirmado podemos ver el comentario que hace al respecto el maestro Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS: *"Fue LABAND quien finalmente formuló la distinción conceptual, clara y precisa, entre ambas instituciones"*²⁴.

La cita de mayor abundancia respecto de los aportes de LABAND, en doctrina nacional la hemos encontrado en los estudios del maestro Ruben Guevara Manrique²⁵, quien refiere:

"El Mandato es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que la idea de Poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada, sobre todo, desde el lado externo, es decir, por los terceros que contratan con él."

A este respecto Laband, en su trabajo publicado en 1866, en la Revista de Derecho Mercantil, señala: " Es cierto que Mandato y Poder pueden coincidir. Sin embargo, es menester conservar clara la idea de que Mandato y Poder sólo coinciden de manera ocasional, pero no necesariamente, y que de ninguna manera puede decirse que constituyen el lado externo y el lado interno de una misma relación, porque en realidad son dos relaciones distintas".

Así mismo, este autor afirma que: "resulta que hay mandato sin poder, poderes sin mandato y, por último, que el poder y el mandato ocasionalmente pueden coincidir. Por ende, una aguda separación de estos dos conceptos es una necesidad jurídica. Hay dos negocios jurídicos -Mandato y Poder- que tienen diferentes presupuestos. diferentes contenidos v diferentes efectos".

La referencia a LABAND, y la doctrina nacional se encuentra justificada por la sobrevaloración dada por ésta al mencionado jurista, siendo dicho aspecto un lugar común, por lo tanto necesario de ser aclarado.

La autonomía del *poder*, encontró sus críticos en la llamada escuela de la *Begriffjurisprudenz* (jurisprudencia de intereses), así juristas de la talla de IHERING,

²⁴ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984". Lima 1992. En: "Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor". p. 98 .

²⁵ GUEVARA MANRIQUE, Ruben. "El Registro de Mandatos y Poderes". Lima 1997. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Martín de Porres. "Vox Iuris N° 7". Pp. 31-32

MITTEIS, SCHLOSSMANN, e ISAY, cuestionaron en el sentido de considerar a la teoría de la representación el ser una técnica negocial para resolver las situaciones anómalas de discrepancia entre el poder sustancial y el poder formal, encaminada a la salvaguarda máxima del tercero, con relegamiento de las situaciones normales, o sea de coincidencia entre ellos, en desmedro de la situación del representado y apartada de la realidad económica. Sin embargo, se advierte también que en el curso de la controversia acerca de la supremacía de las posiciones en la relación representativa: la del representante o la del representado, surgió otra tesis, la teoría de la cooperación (*Vermittlungstheorie*), elaborada por LENEL y desarrollada por MITTEIS, que se colocó en una posición intermedia: en la actuación representativa hay una cooperación de las dos voluntades": Teoría a la que no deja de anotársele que no atiende a la representación legal.

El estado actual de la cuestión, permite percibir la importancia de la doctrina alemana y la decantación de los conceptos, depurados por la controversia y las exigencias del tráfico. Se configura con autonomía, el poder como fuente de la representación, independientemente de la relación económica y jurídica en la que se engaste o que lo acarree; así como separación entre apoderamiento y mandato, como del mandato y la representación.

Los códigos posteriores a los antes mencionados, a partir del BGB (Representación, artículos 164-181, y Mandato artículos 662-676), se ocupan específicamente de la representación como figura autónoma, y por separado, de las relaciones correspondientes al Mandato; el OB suizo (artículos 32-40 la Representación, y 394 siguientes, el Mandato); (Representación artículos 1387-1400, y Mandato artículos 1703 y siguientes). Es importante resaltar que con el Código Civil alemán, y el suizo, encontramos la construcción de conjunto del Mandato y la Representación.

En la misma dirección del Código civil italiano de 1942, están los Códigos latinoamericanos más recientes, nutridos en aquellas teorías, la legislación latinoamericana código de comercio colombiano (1971, arts. 832 a 844 y 1262 ss.) y códigos civiles de Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1987). El código civil de Brasil (2002) mantiene la influencia directa alemana. De esa forma la normatividad resultó, sin que esa mezcla se haya podido liquidar satisfactoriamente, no distribuida, sino diseminada, aceptando sí la diferencia entre el apoderamiento y la relación de mandato.

Fuerza admitir que la mayor parte de los códigos no se refieren a la representación sino indirectamente, y sobre todo a propósito del Mandato, y ello es así por la poderosa influencia del Código Civil Francés de 1804. La disciplina de la figura de la representación negocial o voluntaria corre íntegramente en la regulación del mandato, relación de gestión en la que suele regularse el acto de apoderamiento y que suele confundirse con la representación, asimilada a dicho contrato, inclusive esa corriente tradicional mantiene el Códigos civil de Québec (1994), el mismo que dedica cincuenta y seis artículos al *mandato* (2130 a 2185), en las cuales contempla tanto de la disciplina singular de dicha figura, como de la representación en general.

Finalmente es pertinente mencionar, que no obstante tener en la cultura Occidental (que nos rige), como antecedente histórico al Derecho Romano, hay quienes como el jurista argentino Ernesto A.SANCHEZ URITE²⁶, nos remiten a la antigua Babilonia, para encontrar los antecedentes históricos remotos del mandato. En efecto, de acuerdo a la tradición Babilónica, fue el dios Samash, el dios sol, dios de la Justicia, quien entregó las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750? a. C.), y así se materializa en la imagen que figura sobre el conjunto escrito de leyes, son los dioses quienes dictan las leyes a los hombres, por eso, las leyes son sagradas. De hecho, antes de la llegada de Hammurabi al poder, eran los sacerdotes del dios Samash los que ejercían como jueces pero Hammurabi estableció que fueran funcionarios del rey quienes realizaran esta trabajo, fortaleciendo el poder del mismo. La Historia conoce de una Estela de piedra, donde se hallan grabadas las 282 leyes del Código de Hammurabi. En la parte superior el rey Hammurabi (en pie) recibe las leyes de manos del dios Shamash. La estela fue encontrada en Susa (antigua ciudad de los imperios Elamita, Persa y Parto, situada a unos 240 km al este del río Tigris, en el sudoeste del actual Irán), a donde fue llevada como botín de guerra en el año 1200 a. C. por el rey de Elam Shutruk-Nakhunte. Actualmente se conserva en el Museo del Louvre (París). El citado código, regula aspectos de derecho civil y penal, se regulan como aspectos de la vida cotidiana, castigan los delitos, el trabajo asalariado, entre otros aspectos el mandato comercial.

²⁶ SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot.

CAPITULO III

TEORIAS DE LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN Y EL MANDATO

3.1.- NATURALEZA JURIDICA

El mandato tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, incluso hay quienes encuentran antecedentes más remotos. La Representación, tiene antecedentes mas recientes, que se remonta a la época moderna. El mandato de la antigua Roma, evolucionó a través de la historia, continuó en el Derecho Canónico, con la introducción de la figura del *"poder"*. El Derecho inglés por su parte, introduce la figura del *"Attornatus"*, dentro de la representación procesal, y al *"Master and servant"* como sujetos en el contrato de Agency (que es una especie de mandato y poder).

La representación aparece de la mano con el mandato, situación que se hace notar en el Código Civil francés de 1804 que contempla la figura del mandato, excluyendo a la representación como institución independiente, pero acogiendo sus características y elementos dentro del mandato. La teoría de la representación fue desarrollada por los juristas alemanes del siglo XIX, como Von Savigny, Von Ihering, Laband, Hupka, entre otros, ideas que se consagran en el Código Civil Alemán de 1896, vigente a partir de 1900 (conocido como el "BGB").

Sin embargo, doctrinariamente se discute sobre las implicancias que conllevan a la relación jurídica entre representado y representante, entre poderdante y apoderado, al realizar el acto jurídico, ó negocio jurídico encomendado, en ese sentido se discute sobre la actuación del representante, concretamente para establecer la voluntad que interviene en el acto, si esta es la del representante o es la del representado, o son ambas las que confluyen en la relación con el tercero. Asimismo, existe polémica acerca de la discrecionalidad en su actuar, y los límites del poder. A partir de estos supuestos es que se han configurado las siguientes teorías acerca de la Naturaleza Jurídica de los aspectos antes precisados.

3.2.- TEORÍAS QUE CONSIDERAN A LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO COMO LA QUE CONCLUYE EL NEGOCIO O ACTO JURÍDICO.-

Las principales son dos:

3.2.1.- TEORIA DEL NUNCIO

Sostenida entre otros por Karl Von Savigny, considera que la voluntad del representado es la que interviene en el acto, contrato, o relación jurídica; es la voluntad del *dominus negotii*, mas no la del representante, quien cumple la función de nuncio o mensajero al transmitir la voluntad. El nuncio, es un medio de comunicación de la voluntad ajena *nudus minister*, esto es privado de toda libertad para determinar la oportunidad de concluir o no el acto, aun cuando haya recibido instrucciones alternativas, como por ejemplo tenga la facultad de escoger entre dos o más objetos, de declarar entre una u otra de dos diversas determinaciones de la voluntad del interesado.

Esta teoría restringe la importancia del representante, al considerarlo como un simple instrumento trasmisor, equivalente a un medio, como la carta, así lo expresa el mismo Savigny.

Las críticas a esta teoría son muchas, así para el jurista italiano Messineo el nuncio o mensajero es un simple colaborador, no pudiendo conferírsele la misma connotación de las propias funciones del representante quien actúa en mérito a un poder conferido por el representado. Por otro lado un sector de la doctrina, entre ellos Hupka, cuestiona a esta teoría en razón al poder, cuyo contenido puede ser más amplio que la simple colaboración que puede prestar el nuncio. Adviértase, aceptar esta teoría implicaría que la simple comunicación de este al tercero, implicaría la conclusión del negocio, situación que no se da en la representación. Obviamente que la voluntad del nuncio es limitada, al no tener facultades de iniciativa, que conduzca a la mejor conclusión del acto o relación jurídica o que favorezcan al representado.

3.2.2.- TEORIA DE LA FICCION

Defendida entre otros por Windscheid, y los pandectistas alemanes. Esta teoría propugna que la voluntad del representado es la que se manifiesta en la conclusión del acto o relación jurídica, porque la declaración del representante se efectúa como si fuera del representado.

Esta teoría de la Ficción, también conocida como teoría Tradicional de la representación, a decir del jurista peruano ITURRIAGA ROMERO:

“Dicha doctrina traducida pone, por consiguiente, toda su atención en la persona del representado”¹

Así, existirían dos declaraciones: una pensada del representante, y otra no pensada, del representado. Indudablemente que esta teoría conceptúa que el acto es realizado por el representado, porque la intervención del representante es tan solo ideal, excluye por lo tanto a la voluntad del representante, por eso se la conoce también como teoría monista. A quienes se adscriben a esta teoría es necesario preguntarles: ¿Qué función cumple el representante?, Sólo cabe responder, para ser coherentes con esta teoría, que la función del representante es la de un simple vehículo o instrumento de la declaración de voluntad del representado. Con esto, como que se quita voluntad propia al representante. Por ello es que en este punto se asemeja a la teoría del nuncio o emisario. Es por eso que también los vicios de la voluntad del representante serían intrascendentes. Otro argumento de esta teoría, se expresa a partir de considerar a la representación como elemento accesorio del mandato, por lo que su separación como institución obedece a una abstracción jurídica. Obviamente que sustentar la abstracción jurídica en base a las características de un solo contrato, como es el de mandato, no es concebible en estos tiempos. Claro está que al propugnarse esta teoría, los juristas consideraban al mandato como sinónimo de representación, o como integrante de esta institución.

Son muchas las razones para refutar esta teoría, entre las que se cuenta el que no puede ver a la representación como exclusiva del contrato de mandato, mucho menos confundir con ésta. Lógicamente que los argumentos de los juristas que refutan la identidad entre mandato y representación, son aplicables para contradecir a esta

¹ ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 47.

teoría. De igual modo, se la refuta, porque la voluntad que declara el representante no sería la del representado. Por último, a esta teoría también se la refuta porque no explicaría la función que cumpliría el poder, porque si la representación fuese una ficción, ya no requeriría de poder, mucho menos de facultades para el apoderado.

3.2.3.- TEORIA DE LA SUSTITUCIÓN.

Expuesto entre otros juristas por los italianos Emilio Betti, y Vittorio Neipp, quienes ubican a la representación dentro de la idea genérica de la "sustitución": Quienes defienden esta posición, lo hacen desde la teoría general de los hechos jurídicos, estableciendo en el tema de la sustitución, la figura de la representación. A su juicio, existe "sustitución" siempre que se diversifique o se separe el titular del interés afectado por el acto jurídico y la persona que lo realiza. Dentro de esta "sustitución" existen grados de efectividad e importancia. En ese sentido el mismo Emilio Betti (1943), agrupa en dos grandes grupos: Una sustitución que conlleva al simple aporte en la ejecución del acto, concretamente en la forma, no siendo necesario en muchos casos la capacidad para obrar; en este grupo se encontraría el nuncio, y las distintas formas de colaboración subordinada, como el intérprete, el mediador en relaciones contractuales preliminares. Por otro lado, en el segundo grupo se encontrarían aquellas donde el sustituto tiene la paternidad del mismo contenido del negocio, y por lo tanto moldea el contenido del negocio según su voluntad. En este último grupo podríamos ubicar a la asistencia altruista. Dentro del último grupo de sustitución el jurista italiano Emilio Betti, menciona hasta tres supuestos:

Primero, cuando: "La nueva situación jurídica se produzca para la parte del negocio y además para el tercero interesado", por ejemplo el contrato a favor de tercero. El segundo, en aquellos casos en que los efectos de la situación jurídica se produzca en la persona que interviene en el acto y ésta: "Deberá luego proceder, mediante otro negocio, a transferir los efectos a la esfera patrimonial del tercero", por ejemplo la representación indirecta llamada en nuestro C.C. "Mandato sin Representación". El Tercero, donde: "La nueva situación jurídica se produzca exclusivamente para el interesado" que sería la representación directa, conocida en nuestro C.C. como: "Mandato con Representación"²

Ahora es pertinente preguntarse: ¿Dónde se origina la sustitución?, ¿En la voluntad humana, a través de la autonomía de la voluntad; en la autorización del Legislador, a través de la Ley; o en un mandato del Juez, a través de un

² Betti, Emilio. "Teoría General del Negocio jurídico". Madrid 1943. Ed. Revista de Derecho Privado. p.423.

auto?. Quiere decir que ante situaciones de imposibilidad jurídica para que una persona puede realizar por sí el acto jurídico, la persona puede sustituirse por otra; o que la Ley le faculta hacerse sustituir por otra persona, que la misma norma instituye textualmente al sustituto o establece mecanismos para su designación; o el Juez ordena a determinada persona que actúe ante imposibilidad de otra, por aquella. El problema de si la sustitución constituye una excepción a la autonomía privada o es una forma de tutela jurídica al ejercicio del derecho a realizar actos jurídicos en ejercicio de la autonomía. Lo ideal es que el propio interesado intervenga en los actos que le son inherentes. Con la sustitución en la realización del acto, se cuestiona la titularidad del derecho subjetivo, cuando el acto jurídico es realizado por persona ajena al titular. Entonces se tiene que ver la intromisión de lo ajeno y los límites de tal intervención, que los fija la ley para los casos en que sea necesario hacerlo, y el sustituido para los actos que se celebren en nombre suyo.

¿Cuándo hay actuación de un tercero, sin que haya sustitución? . En muchos casos, solo mencionaremos dos casos a manera de ejemplo: Primero, en la Intermediación, mediante la cual una persona interviene en la concreción de un contrato, sirviendo de enlace entre las partes, tal como ocurre con los agentes de bolsa, los "brokers" de seguros, entre otros. Segundo, en la Asistencia, sobre todo para actos que requieren del concurso de técnicos en distintas materias, como los peritos. ¿Y en estos casos existe cooperación? Indudablemente en estos casos existe colaboración, pero no existe sustitución, sino únicamente conducta suplementaria por parte del intermediario, o asistente.

Por otro lado, distintas son las situaciones de quienes actúan en interés de otra persona, pero ocultando que actúan para ella, es la situación conocida como "testaferro". El hecho de estar oculta la representación, ubica a esta figura dentro de los actos de colaboración, aún cuando la situación jurídica generada sea contraria a la moral y buenas costumbres e inclusive prohibida.

El profesor de la Universidad de Ferrara, Vittorio NEIPP; manifiesta que:

"La concepción doctrinal de la representación, hoy mas atendible (..) fija su núcleo esencial en la sustitución, hecha evidente al tercero, de un sujeto a otro en el cumplimiento de un acto jurídico.

Pero tal situación es unánimemente supuesta por los autores como, no sólo física, sino también jurídica, en el sentido de que la producción de los efectos jurídicos del acto se debe, como a la causa (...), a la voluntad de los sujetos que en ella participan.

En nuestra opinión, dicha concepción de la representación no responde a la verdad"³

³ NEIPP, Vittorio. "Causalidad jurídica y representación". Buenos Aires 1962. Colección dirigida por

La crítica de Neipp, a la teoría de la sustitución, funda en las razones siguientes:

“Algunos han hablado, como sintetizando de una “desviación” de los efectos jurídicos del acto de la persona del representante A a la del representado B.

Pero, ¿Por quién y cómo se produciría la tal presunta “desviación”?

Los mencionados autores no dan una respuesta precisa a la pregunta”⁴ (p. 88)

¿Quiénes son esos algunos?, pues son los defensores de la Teoría de la Sustitución: Pacchioni (“Elementi di diritto civile”. Torino. ETET. 1926. p. 343); y Barassi (“Istituzioni di diritto civile”. Milano. 1921. p. 176-179).

Finalmente Vittorio NEIPP; fija su posición sosteniendo que:

“Sería, por tanto, a la voluntad combinada de quienes participan en la creación del acto representativo, a quien se debería el nacimiento instantáneo de todos los efectos jurídicos respectivos, en orden al representado, y no ya al representante”⁵ (p. 89)

3.2.4.- TEORIA DE LA LEGITIMACIÓN.

Surge ante la dificultad de las otras teorías, de explicar la diferencia entre la representación y otras formas de sustitución (por ejemplo en la acción pauliana). De esta manera, se acude a la idea de legitimación, que es tema del acto de ejercicio del derecho subjetivo. Situada en la órbita de la legitimación, la Representación se define como la concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que obre en interés y por cuenta de otra, lo que es indudablemente cierto en la representación directa (porque los efectos recaen directamente en la esfera jurídica ajena), y también en la representación indirecta si se admite que pese a obrar el representante en su propio nombre, los efectos del acto jurídico, así por ejemplo la adquisición de una cosa inmueble con dinero del representado van también directamente para la esfera jurídica del representado, aunque el negocio se considere legalmente como si fuera personal suyo, esta Teoría está consagrada por ejemplo en el Código Civil Español, en su Art. 1717.

Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJEA. p. 9-10.

⁴ NEIPP, Vittorio. “Causalidad jurídica y representación”. Buenos Aires 1962. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJEA. p. 88.

⁵ NEIPP, Vittorio. “Causalidad jurídica y representación”. Buenos Aires 1962. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJEA. p. 89.

3.3.- TEORÍAS QUE CONSIDERAN A LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE COMO LA QUE CONCLUYE EL ACTO

3.3.1.- TEORIA DE LA REPRESENTACION AUTONOMA O DEL REPRESENTANTE

Entre los principales propugnadores de esta teoría, se tienen a Ihering, Windscheid, Laband, Von Tuhr, y Soto Nieto. Los postulados de esta teoría fueron acogidos por el Código Civil Alemán de 1896, vigente a partir de 1900 (cuerpo normativo conocido como B.G.B. Alemán), es la teoría dominante en la doctrina alemana y en la mayoría de legislaciones.

Esta teoría sostiene que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, que supone una declaración de voluntad recepticia, por la que el representado hace suya el negocio o negocios jurídicos que concluye el representante en su nombre y cuenta. El Apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, no un contrato. El representante obra y entre él, y quién con él contrata, el tercero, surge el acuerdo de voluntades. Sin embargo, el efecto jurídico del acuerdo mencionado, repercute en el representado, como si fuese él mismo obrado.

Esta teoría sostiene la distinción entre voluntad determinante del negocio jurídico representativo y voluntad del apoderamiento. El representante participa, actúa, despliega su voluntad, y es parte del negocio representativo; y el representado sin obrar, es parte de los efectos que de él se derivan.

La voluntad del representante es la que concluye el acto. El apoderamiento (acto por el que el representado otorga poder al representante), es un acto unilateral, autónomo y recepticio, por ello los vicios de la voluntad recaen sobre el representante. Este aspecto es importante para determinar los efectos del negocio jurídico con el tercero, así como los vicios de voluntad subsecuentes de la intervención del representante en dicho negocio. El representante concluye el acto jurídico, por lo tanto es su voluntad la que se expresa en él, en nombre e interés de su representado.

Soto Nieto dice que:

“El Representante es el que da vida al negocio”⁶

Es pertinente preguntarse ¿En que situación quedaría el representado?, a decir de

Sánchez Urite:

“El representante obra y el representado no es parte del negocio representativo, es parte en cuanto a los efectos que de él derivan”⁷

De esta forma, se excluye toda confusión sobre el tema, y la exclusión de voluntad del representado.

De esta teoría se arriba a las siguientes conclusiones:

- a) El representado, en el acto de la representación voluntaria debe reunir los requisitos de capacidad para los actos, por cuanto se trata de acto suyo.
- b) El representante, es el responsable de los vicios de voluntad, que pudieran afectar al acto jurídico celebrado por éste en nombre y cuenta del representado, con el tercero, por que aquél es quien contrata y declara la voluntad, aunque en nombre y efecto del representado.

Y ¿Qué requisitos deben presentarse para que se dé la representación?. El jurista italiano Giuseppe Stolfi⁸, señala que deberán concurrir tres requisitos, y son los siguientes: 1) Que el representante declare su propia voluntad, 2) En nombre de otro, y 3) Que esté provisto del poder de representación.

Por otro lado, el jurista argentino Mosset Iturraspe⁹, crítica a esta teoría, porque en oposición a las anteriores teorías, hace indiferente la voluntad del representado, por lo que inclusive los vicios de la voluntad recaen en el representante. Esta teoría confunde los elementos del acto jurídico con los elementos del contrato, porque en un contrato es “parte” quien interviene en el acto asumiendo las obligaciones que deriven

⁶ SOTO NIETO, Francisco. "Aspectos fundamentales de la representación". Barcelona 1974. En: Revista Jurídica de Cataluña; jul—set., Año LXXIII, N° 3. p. 544.

⁷ SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo Perrot. p. 59.

⁸ STOLFI, Giuseppe. "Teoría del negocio jurídico". Madrid 1959. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 231-232.

⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Mandatos". Buenos Aires 1979. Editorial Ediar. p. 53.

del acto, por lo que mal puede señalarse que el representante se constituye en parte del negocio, porque los efectos jurídicos del mismo no recaerán sobre él.

3.4.- TEORÍAS INTERMEDIAS

3.4.1.- TEORIA DEL DOBLE CONTRATO

Impulsada por el jurista alemán Thöl. Sostiene que la representación importa dos contratos distintos, uno conteniendo la investidura de poder en favor del representante (apoderamiento), que el jurista denomina contrato base, y otra la que realiza por efecto del contrato base el representante con el tercero.

De acuerdo a los juristas españoles Roca Sastre y Puig Brutau, citados por Sánchez Urite:

“La misión del representante consiste en transformar la voluntad general del representado en una voluntad suficientemente concreta para realizar una actividad volitiva propiamente jurídica, cuyo resultado es doble: dar origen a un contrato propio con el tercero y crear un contrato del representado con dicho tercero” (1986: p. 57).

La teoría del doble contrato, confunde los alcances del poder y consiguientemente la voluntad del representante, porque éste no puede “transformar” la voluntad del representado, porque si así fuere, aparecería con un rol de generador de la voluntad negocial en el negocio o acto jurídico principal.

3.4.2.- TEORIA DEL REPRESENTANTE CONDICIONADA POR EL REPRESENTADO

En Opinión de Mosset Iturraspe¹⁰, Hupka es quien sostiene esta teoría, argumentando que el poder conferido por el representado es una condición y límite a la voluntad del representante. Este condicionamiento puede ser de mayor y/o menor intensidad. Participan en la ejecución del acto, aclarando que la voluntad del representante accede de manera limitada, de acuerdo a la intensidad impuesta por el representado.

Esta teoría restringe la participación representante, quien se vería privado de emprender con discrecionalidad los distintos actos que conlleven a la realización del negocio encomendado. La restricción conduciría inevitablemente a un exagerado

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit. p. 59.

formalismo y literalidad al interpretar el poder conferido, lo cual también daría lugar a buscar vicios de la voluntad en el representante.

El jurista Anibal Torres Vasques, señala que caracteriza a esta teoría:

“(…) El poder otorgado por el representado es la condición y límite de la voluntad del representante”¹¹.

Asimismo el citado autor manifiesta, que el Código Civil peruano se adscribe a esta posición:

“En realidad, en la celebración del acto representativo, el representante manifiesta su propia voluntad dentro de los límites establecidos por el representado o por la ley. Este es el criterio seguido por nuestro Código que establece que el acto es anulable por vicios en la voluntad del representante, pero si el contenido del acto es total o previamente determinado por el representado, el acto es solamente anulable por vicios en la voluntad de éste (art. 163)”¹².

¿Que opina el autor de esta importante postura doctrinaria?. Que, si bien es cierto del artículo 163º del C.C. de 1984, fluye que nuestro Código opta por la teoría del representante condicionado por el representado, toda vez que es diáfano que para el Código en materia de representación, es importante la voluntad del representante, y no de la del representado en la formación del acto jurídico, y en los casos pertinentes del contrato, sin embargo consideramos que el tema es polémico, y que en todo caso hay varias teorías que el Código asume de manera ecléctica, siendo que en el articulado se aprecia la presencia de muchos elementos de la Teoría de la Representación Autónoma, que es a criterio de Luis DIEZ PICAZO, es la teoría moderna de mayor predicamento y consagración en los Códigos civiles.

3.4.3.- TEORIA DE LA COOPERACION

Sus exponentes son Ferrari, Pugliatti, Betti, Mitteis y Tartufari, para quienes no existe diferencia entre la voluntad del apoderamiento y la voluntad determinante del acto, en el Perú Iturriaga Romero. El fundamento recae en la cooperación. Específicamente con respecto a la representación José Iturriaga Romero, encuentra su fundamento en la cooperación.

“a) Fundamentos social – económicos:

¹¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.330

¹² TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.330-331.

La cooperación se funda en la solidaridad humana. Se presentía como ayuda que espontáneamente, causal, convenida o necesariamente se prestan los hombres entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo.

Históricamente, la cooperación fue, primero, material y luego siguió extendiéndose a otro tipo de actividades menos concretas. La cooperación material es la ayuda que una persona da a otra, directamente”¹³

La cooperación a su vez se basa en la solidaridad humana, sosteniendo que:

“Se presenta como la ayuda que espontánea, causal, convenida o necesariamente se prestan los hombres entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo”¹⁴

Además habla de una "Cooperación Material", referida a la ayuda directa de una persona a otra; y de otro lado la “Cooperación Jurídica”, que según el citado jurista:

“La cooperación jurídica en cambio, es otro tipo de colaboración, destinado a concluir asuntos del principal con los terceros. Importa una extroversión, una actuación hacia afuera de los dos sujetos de la cooperación. No se limita como cooperación material, a la satisfacción de una necesidad inmediata del principal, sino que vuelca sus efectos hacia afuera de las relaciones internas entre ambos y alcanza a los terceros, para lograr así, pero en esa forma indirecta, también la satisfacción del interés del principal.

El fin de la cooperación jurídica es, por consiguiente, vincular al principal con el tercero.

(...) Hay dos clases de cooperación jurídica: la sustantiva y la formal o fáctica.

La cooperación jurídica sustantiva responde a los conceptos que hemos visto y que corresponde a la cooperación jurídica en general, sus elementos son:

- a) actuación en lugar de otro;
- b) actuación ante terceros;
- c) actuación para un fin jurídico;
- d) actuación para concluir un acto jurídico en sentido amplio;
- e) Colaboración para ayudar a realizar un acto jurídico (factor sociológico - jurídico)”¹⁵

Asimismo clasifica la cooperación jurídica, en dos: formal y sustantiva. La Formal, es aquella vinculada a la representación, porque según sustenta se refiere a la realización de un acto en lugar de otra persona ante terceros. La Sustantiva, incluye el factor sociológico-jurídico, unido a principios jurídicos de libertad, interés. Luego de este análisis, describe las formas de cooperación, mencionando entre ellas a la sustitución y a la interposición, se refiere a la sustitución como una situación de:

“Una persona se pone en lugar de otra, para ejecutar ante un tercero, un acto útil para la reemplazada como si el negocio fuera de esta última.”¹⁶

Y se refiere a la interposición, en los siguientes términos:

" (...) La interposición, ... <es> la colocación de una persona en lugar de otra, para ejecutar, ante un tercero, un acto útil para el interpuesto como si el negocio fuera suyo propio.”¹⁷

Emilio Betti, desarrollar su teoría, la cual tiene influencia en un gran sector de la

¹³ José Iturriaga Romero. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 20.

¹⁴ José Iturriaga Romero. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 20.

¹⁵ José Iturriaga Romero. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 21.

¹⁶ Ob. Cit. p.24

¹⁷ Ob. Cit. p.24

doctrina en los últimos años. Para Betti, así como el derecho real resuelve el problema de atribución de bienes, la obligación resuelve el problema de cooperación o de reparación en el caso de responsabilidad aquiliana. El mandato y la representación, son problemas de cooperación.

Es decir, la representación importa un solo acto de voluntad, porque tanto representante y representado concluyen el negocio jurídico, pero uno de ellos, el representado, es parte. Asimismo, como hace notar Mosset Iturraspe¹⁸, la voluntad del representado tiene una medición extensiva e intensiva, de acuerdo a los roles y facultades a que se contrae el poder.

El Maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez (1998), sostiene que la representación aparece como una respuesta del ordenamiento jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los intereses ajenos, y encuentra su fundamento en la cooperación jurídica que presta una persona a otra que no puede o no quiere realizar un acto jurídico por sí misma, que es una forma de cooperación que tiene una importancia práctica considerable porque permite la realización de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad) o no es aconsejable (ejemplo significa pérdida de tiempo para el interesado); hace posible que una persona pueda realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que éstos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación del sujeto; además que hay actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de los incapaces y de las personas jurídicas. El jurista peruano Fernando Vidal Ramírez, manifiestan que la representación es una modalidad de cooperación, que se expresa a través de la sustitución, distinta a la interposición, que es aplicable a otros actos como la gestión de negocios y la representación indirecta; y que el Código Civil Italiano de 1942 habría acogido a esta teoría. Debe entenderse que la sustitución opera sólo para la celebración del acto con el tercero, mas no así para los efectos jurídicos.

Si bien es cierto que el mérito de esta teoría radica en recuperar la importancia de la voluntad del representante, también es cierto que al concebir el acto de representación como uno solo, concurriendo las voluntades del representado y representante, no se explicarían los efectos del acto y las consiguientes responsabilidades para cada uno

¹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit. p. 21.

de los intervinientes. No existiendo delimitación en la concurrencia de voluntades, se concluiría en que la responsabilidad sería compartida por ambos en partes iguales, lo cual es absurdo. La teoría de la cooperación explica cómo se justifica la voluntad del representado en la representación legal, haciendo una extensión a la voluntad de la ley como generadora de la representación. La teoría de la cooperación, confunde una de las fuentes de la representación (cooperación, como sustento de la naturaleza jurídica).

3.5. TEORÍAS DEL MANDATO

En doctrina, si bien no hay la misma disputa que en la Representación, para establecer la naturaleza jurídica del Mandato, sin embargo encontramos relevantes teorías que explican la misma, así tenemos:

3.5.1 TEORÍA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Siguen esta corriente, juristas como Fernando Hineirosa. El mandato es un contrato de prestación de servicios, con caracteres específicos, que lo diferencian de la prestación de servicios propiamente dicho, o conocido en derecho comparado como arrendamiento de servicios inmateriales; como también del contrato de trabajo. La razón principal es porque, en cuanto se proyecta sobre la realización de actos jurídicos, o solamente sobre ellos, las obligaciones recíprocas de las partes se entremezclan con los efectos de aquellos sobre estas y sobre el tercero con quien contrata el mandatario, máxime si se tiene en cuenta que el mandato puede ser o no representativo, que se puede descomponer en variedades de contratos (mandatos) específicos. Por esta razón, el mandato aparece como figura residual, a cuyas disposiciones se remite en últimas la disciplina de la prestación de servicios consistentes en actividades jurídicas por cuenta ajena (*contratos de gestión de negocios*, § 675 BGB), especialmente en las profesiones y carreras liberales tradicionales, que suponen largos estudios.

Desde esta teoría, el tema en la doctrina es el de diferenciar el mandato de otros contratos de prestación de servicios, ante todo de la locación de servicios, y obra, por cuanto en estas la cooperación es material, al paso que en el mandato es jurídica.

3.5.2.- TEORIA DE LA COOPERACION EN EL MANDATO

El mandato es el contrato fundamental que regula el fenómeno de la cooperación en la ejecución de actos jurídicos, cooperación que es el elemento que identifica el tipo negocial; la actividad de gestión viene a constituir su objeto típico. Defienden esta teoría los juristas italianos: F. ALCARO (*IL mandato, profili di inquadramento*, en *IL mandato*, a cura di F. ALCARO, Milano, 2000, p. 5), y G. BALDINI (*IL mandato*, Matelica, 2006, p. 15), ambos autores citados por Fernando HINESTROZA¹⁹. Además el jurista peruano José Iturriaga Romero, es un digno representante de esta línea de pensamiento.

Normativamente es del todo incuestionable que el encargo propio del mandato puede implicar que el mandatario haya de obrar en nombre del mandante y que, además, tenga que decidir con mayor o menor amplitud y hondura cómo obrar y los términos de su actuación, caso en el cual se tendría un mandato representativo; como también puede suceder que las atribuciones del agente se limiten a transmitir un mensaje del *dominus*, o que este determine que su apoderado obre en su propio nombre, casos en los cuales no habría representación. De todos modos la relación entre las partes es la misma, en los dos tipos de Mandatos está presente la cooperación, y en ambos la voluntad del mandante es la que genera los efectos jurídicos, del acto encargado al mandatario. Es preciso puntualizar la índole contractual del mandato, y su función de encargo de servicios personales, se encuentra fundadamente sostenida en asuntos concernientes al mandante, que sin embargo el mandatario asume independientemente. No desconocemos que para cierta corriente doctrinal, y codificadora, constituyen el objeto del mandato, hechos puramente materiales, y para otra consiste en la celebración de actos jurídicos, por lo cual, se distinguiría entre mandato de ejecución y mandato de representación (*Tathandlungs* y *Rechtshandlungsauftrag*). A propósito de la índole del encargo, es necesario aclarar que los llamados actos de complacencia no son materia de mandato, tales los ejemplos de quien acepta cuidar por un tiempo breve el equipaje o de guardar el mismo. Por otro lado, la doctrina considera que dar consejos puede constituir un mandato, siendo el consejero el mandatario, naturalmente cuando ello ocurre a

¹⁹ HINESTROZA, Fernando. "La Representación". Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.66.

solicitud de otra parte y no como producto de la espontaneidad, sin que importe si el servicio es gratuito o remunerado.

3.5.3.- TEORIA DEL MANDATO COMO ACTO REPRESENTATIVO.

Esta corriente muy poderosa, es tributaria del derecho francés, por interpretación del artículo 1984, la representación devino característica distintiva del mandato. El también conocido como “Código de Napoleón”, enfatiza que el mandante confiere poder, y que el mandatario lo ejerce; con lo que el rol protagónico del mandato pasa del mandante al mandatario, aunque se conserve la estructura subjetivista de la institución. Y con la finalidad de ganar coherencia y solidez, desde esta perspectiva se acuña el concepto de los cuasi-mandatos sin representación, que permiten a un intermediario celebrar un acto jurídico por cuenta de una persona: la convención de presta-nombre, la fiducia, la convención de portador y la comisión, son ejemplos de la mencionada categoría jurídica. Si es o no representativo, es algo que depende exclusivamente, en el apoderamiento negocial, del ámbito que establezca el interesado, y no simplemente de la manera como actúe el mandatario.

3.5.4.- TEORIA DEL MANDATO BASADO EN LA CONFIANZA.

Esta corriente, se remonta a las calendas romanas, se inspira en las definiciones clásicas del mandato, las que son concebidas como personalistas, entre dos personas basadas en la confianza, el poder otorgado o el encargo a cumplir en nombre del mandante. El Antiguo Régimen, desde una perspectiva fundamentalmente agraria, prevalece la noción de mandato como investidura del mandatario, y las dos figuras características del mandato son las del encargo singular al nuncio o mensajero o la del encargo de administración de unas fincas o propiedades del mandante, ambos fundados en la confianza; en ambos casos el mandatario es el enviado o administrador detentador de la confianza del mandante. El Código civil peruano de 1984, y el Español de 1889, desarrolla esta noción del mandato como confianza, el mandatario se concibe como nuncio para una operación patrimonial concreta cuyos límites no puede traspasar (Artículo 1793 CC peruano, y artículo 1,714 CC Español), o como administrador (2º párrafo del Artículo 1792 CC peruano, y artículo 1,713 CC Español).

3.5.5.- TEORIA DEL MANDATO CONCEBIDO COMO CARGA.

Novedosa y distinta configuración del mandato, también generalizada en el XIX, y que subyace en la definición del artículo 1,709 CC Español, es la de considerar el mandato como un encargo; la manifestación más reciente de esta configuración es el Código civil italiano de 1942, que en su artículo 1,703 define el mandato como carga del mandatario, lo que supone una concepción más institucional del mandato.

3.5.6.- TEORIA DEL MANDATO COMO PODER O INTERMEDIACION

Las concepciones más actuales ponen el acento del mandato en la actuación con poder o en nombre de otro. ¿Pero qué es actuar en nombre de otro? Después de rastrear la doctrina se concluye que actuar en nombre de otro se concibe principalmente bien como apariencia y poder, bien como intermediación. La noción del mandato como apariencia y poder es propia de la concepción del nombre como título registral, y es prevalente entre notarios y registradores; es una noción muy formalista y la más estatista del mandato: Se actúa en nombre de otro porque se tiene un poder. Por otro lado, la noción de mandato como intermediación es más mercantilista (cuadra a la noción de comisión mercantil). En estas concepciones el mandatario es el señor del nombre ajeno, el portador públicamente reconocido del estandarte de la voluntad ajena.

3.5.7.- TEORIA DEL MANDATO COMO CONTRATO ORIGINARIO

Si hay alguna corriente doctrinaria que perfila con originalidad y autenticidad el Mandato, esa es la pandectística alemana, que haciendo del poder algo distinto del mandato, como acto de apoderamiento, fundado en la notoriedad y no en la *contemplatio domini*, dibuja los contornos que hacía falta para que el Mandato sea comprendido autónomamente, y eso mismo permite que el mandatario pase a denominarse “*representante*”, es decir un sujeto que detenta una voluntad originaria frente a terceros, adaptando al régimen de los contratos la noción de representación que se elaboró en el ámbito del derecho político, que otorgaba un poder “originario” al representante en virtud de los conceptos de confianza y responsabilidad. El mandato

propiamente concebido queda reducido a una relación interna, *inter partes*, destinada a crear y generar responsabilidad y obligaciones (el contrato de mandato), pero la innovación decisiva es el poder representativo (*Vollmacht*). La relación contractual (el mandato), es un apoderamiento que luego tiene sustantividad abstracta, el poder vale por sí mismo, independiente del contrato de mandato, porque confiere una representación.

Para llegar a la concepción originaria, transcurrió mucha agua debajo del puente. Primero, si consideramos desde el Antiguo Régimen, veremos que la persona era insustituible, en ese orden de ideas el mandatario sustituía sólo el consentimiento, pero el acto era del mandante y tenía que venir determinado y concretado en el propio contrato de mandato (poder expreso). En un segundo momento, los ius naturalistas racionalistas franceses permitirán que el mandatario sustituya la voluntad en el acto (basta el poder formal aunque no se determine su contenido). Para la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, el mandato es un contrato por el que el mandante confiere un encargo, poder o representación al mandatario, pero en el que la declaración del mandatario nunca puede desarraigarse de la voluntad del mandante, a quien debe atribuirse en todo caso el acto representado. El mandatario puede gozar de cierta autonomía gestora, y obligar en ciertas ocasiones al mandante más allá de los límites del encargo o poder expreso conferido, pero se trata siempre de circunstancias excepcionales, fundadas en la aplicación de los principios de confianza de los terceros y responsabilidad por la apariencia creada, pero en los que de ningún modo se configura el apoderamiento como acto formal, o el poder del mandatario como subsistente por sí.

Los pandectistas, al elaborar el concepto de representación consideran que la persona realmente es el mandatario, que ha dejado de ser mandatario (sólo lo es en la relación interna) para ser “representante”, titular de un poder fundado en el espíritu universal, porque lo decisivo es la protección de los terceros, exigencia de una economía global de mercado, que requiere seguridad jurídica dinámica. En ese orden de ideas, dos notas esenciales caracterizan al mandato: Primero, su extrema versatilidad, pues se utiliza con muy diversos fines: pago o cobro de las obligaciones, garantía, intermediación negocial, gestión de negocios o de administración de fincas, negocios o sociedades, de liquidación de sociedades o comunidades. Segundo, con la desaparición de la distinción entre el régimen civil y mercantil de los contratos, el tratamiento conjunto que hace la jurisprudencia en el Derecho Comparado, del régimen del mandato civil con el de la comisión mercantil, definen como la actividad e

intermediación con ánimo de lucro, y que suele englobar figuras modernas como el corretaje inmobiliario, contratos de distribución y concesión, y algunos introducidos por prácticas mercantiles anglosajonas, como la franquicia y el *factoring*.

En la jurisprudencia peruana, y en la doctrina (recordemos para ilustrar, el frustrado debate doctrinal entre Gunther Gonzales Barron, y el reticente Luciano Barchi Velaochaga, en las páginas del Diario Oficial “El Peruano”, acaecido el año 1997, el primero defendiendo la importancia de la protección de los terceros en la actuación de representantes en actos de disposición de bienes, y el segundo defendiendo la voluntad del Representado), se observa reiteradamente que no se admite la concepción germánica del poder representativo, que hace del poder una institución subsistente por sí, por el hecho de haber sido otorgado pública, notarial, y registralmente, y que dura hasta que sea formalmente revocado; sino que concibe el poder como una mera manifestación formal del mandato, que no tiene realidad por sí, sino sólo en cuanto plasma un mandato, y por ello se impone al tercero un deber de indagarlo cuando sea sospechoso o irrazonable, máxime por las facilidades extremas de comunicación en una sociedad industrial.

CAPITULO IV

DERECHO CONSTITUCIONAL: MANDATO Y EL PODER.

4.1.- TEORÍA CONSTITUCIONAL.

4.1.1.- IDEAS GENERALES DE CONSTITUCIÓN.-

La Constitución son normas fundamentales que consagra los derechos constitucionales de las personas, establece la organización política del Estado, determinando la estructura y las funciones de los órganos del poder público. La Constitución de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho esta llamada a ser la expresión de la voluntad nacional, es fundamento del sistema jurídico, siendo a la vez texto político y norma jurídica fundamental. Las normas constitucionales son de caracteres preceptivos, declarativos o imperativos, dictadas por el pueblo a través de sus representantes, en ejercicio de la soberanía y el poder constituyente o derivado. Etimológicamente la palabra “Constitución” proviene del latín *cum* (con) y *statuere* (establecer).

La Constitución, una vez aprobada alcanza con la realidad de la sociedad estatal, convirtiéndose en una norma Semántica, Nominal, o Normativa. La Constitución que tiene vigencia real y efectiva, es una Constitución Normativa, y es un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder, en la línea de ideas que enseña Karl Loewenstein. El mismo jurista alemán, enseña que una Constitución debe contener los siguientes elementos mínimos irreductibles:

- La Diferenciación de las Diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder, para evitar la concentración del poder en un único detentador.

- Mecanismo que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder, disponiendo una adecuada distribución del poder que significa una limitación al ejercicio del poder político.
- Mecanismo planeado para evitar bloqueos respectivos entre los diferentes los diferentes detentadores del poder autónomos.
- Método para la adaptación pacífica del poder fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas (método de reforma), para evitar situaciones de fuerza o revolución.
- Reconocimiento expreso de esferas de autodeterminación individual (Derechos individuales y libertades fundamentales), y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder.

La clasificación mas famosa es la que fundamento el famoso jurista alemán **Karl Lowenstein**, un clásico del Derecho Constitucional, quien desde una perspectiva ontológica jurídica considera tres tipos de constitución:

Constituciones Normativas: Cuando su contenido e inspiración responden bien a las directrices democráticas que la rigen. La constitución de los Estados Unidos sería un ejemplo de ellas. Loewenstein la compara con “un traje a la medida de la persona que lo usa”.

Constituciones Nominales: Cuando su contenido no siempre responde a las directrices democráticas, sea por su contenido, sea por la realidad local. La mayoría de las constituciones del mundo son en cierto modo nominales. La comparación es “con un traje mal cortado”.

Constituciones Semánticas: Conocida también como pseudoconstituciones, son leyes fundamentales con las cuales los gobiernos dictatoriales disfrazan su autoritarismo. Un ejemplo sería la de China. Es comparada por Loewenstein con “un disfraz”.

Por otra parte, Loewenstein descartaba la posibilidad de construir una constitución ideal a partir de la teoría; así decía que una constitución ideal no ha existido jamás, y jamás existirá.

Desde una perspectiva jurídica positiva, **Hans Kelsen** considera que la Constitución tiene dos sentidos:

Sentido Lógico-Jurídico, es el fundamento de validez en el que reposa el ordenamiento jurídico, toda vez que es la norma fundamental que no es creada conforme a un procedimiento jurídico, por lo cual no es una norma positiva debido a que nadie la ha regulado, y no es producto de una estructura jurídica, es un presupuesto básico a partir de ésta se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental.

Sentido Jurídico-Positivo, la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico.

4.1.2.- ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

En América la Justicia Constitucional tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y en esta la Justicia Constitucional se caracteriza porque asigna a cada juez del sistema y a los tribunales supremos, la función de decidir sobre la supremacía de las normas constitucionales. El concepto implica un control judicial de las leyes a través de órganos judiciales comunes, que tienen su fundamento en la concepción de la Constitución como norma jurídica fundamental, por ello a través de este mecanismo de control se verifica el respeto de las leyes a la Constitución.

4.1.3.- JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

Está relacionado con un "órgano actuante", esta tesis orgánica se manifiesta en Europa Continental, a partir de la creación de tribunales específicos, esto es tribunales con roles de justicia constitucional. Es decir, la jurisdicción constitucional se razona a partir de órganos calificados: Tribunal Constitucional, que tienen por objeto velar por el cumplimiento, tutela y aplicación de normas constitucionales, resolver controversias de naturaleza constitucional, tienen competencia exclusiva y son autónomos.

En el Perú, se creó con la Constitución de 1979, siguiendo el modelo europeo, con el nomen iuris de: “Tribunal de Garantías Constitucionales”, nombre similar a la que usó la Segunda República española en 1931. En ese momento, por la radical innovación que significaba crear un Tribunal de esta naturaleza, como ente autónomo e independiente, separado del resto de los poderes del Estado, se le asignaron escasas competencias, la propuesta original las contempló en forma completa. La Constitución de 1993, reproduce la institución, con el nombre de “Tribunal Constitucional”, siguiendo de esa manera la huella trazada por la Constitución de 1979.

4.1.4.- SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

Son estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y la defensa de la misma. Los tres primeros sistemas que a continuación desarrollaremos son los modelos originarios, pues se han configurado como tales a partir de realidades concretas, y que luego se han desarrollado en diferentes direcciones.

4.1.4.1.- CONTROL CONSTITUCIONAL EUROPEO O CONCENTRADO.

Se origina en el Proyecto de la Constitución Austriaca (1918) sancionado por el Parlamento austriaco en 1919 y proclamado en la Constitución Austriaca de 1920, obra de Hans Kelsen, que introduce la justicia constitucional en Europa con notables diferencias respecto del modelo norteamericano. El control concentrado se refiere a un único tribunal que efectúa un examen abstracto de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material subyacente. Un solo órgano ejerce en exclusividad la función de control de la constitucionalidad. El poder de control se concentra en un organismo único, es el Tribunal Constitucional, que tiene la capacidad de establecer qué normas se adecuan y cuáles no a la Constitución. Sancionar con la exclusión del ordenamiento jurídico a todas las normas con rango de ley que contravengan los preceptos constitucionales. La acción se plantea directamente ante el Tribunal Constitucional, a través del acto procesal comúnmente llamado “Acción de Inconstitucionalidad”. El control de la constitucionalidad opera de manera abstracta y general, es decir, las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad alcanza a todos los integrantes del ordenamiento jurídico, tanto así que la norma queda derogada ipso iure. Las Características o Notas distintivas son:

Concentrado.- Debido a que un solo órgano ejerce exclusividad en la función de control de la constitucionalidad. En nuestro medio el ente encargado de hacerlo es el Tribunal Constitucional.

Principal.- No es necesaria la existencia previa de un juicio o cuestión prejudicial. La acción se plantea directamente con el acto procesal comúnmente llamado “Acción de Inconstitucionalidad”.

General o de Eficacia Erga Omnes.- El control de la constitucionalidad opera de manera abstracta y general. Es decir, las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad alcanzan a todos los integrantes del ordenamiento jurídico, tanto así que la norma queda derogada ipso iure. Esta característica se encuentra recogida en el artículo 204° de nuestra actual Constitución.

Efectos ex nunc.- Las sentencias de este órgano tienen efecto hacia delante. Esta característica también se encuentra recogida en el artículo 204° de nuestra Constitución vigente de 1993.

4.1.4.2.- SISTEMA AMERICANO O DIFUSO.

Este sistema aparece con el caso “Marbury vs. Madison” sentenciado en 1803, el voto del juez Marshall explica que “la esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes. (...) La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición en contrario u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior”. Consiste en que todos los órganos jurisdiccionales de un ordenamiento jurídico están facultados para ejercer el control para resolver las causas sometidas a su decisión.

El pronunciamiento constitucional solo es posible a partir de la existencia previa ante el órgano jurisdiccional de una litis. En este sistema la aplicación de la ley no tiene efectos generales, sino que la determinación de inconstitucionalidad de la norma inaplicada solo alcanza a quienes han sido parte en el proceso.

El control difuso lo ejerce el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. El tema del control difuso, fue recogido constitucionalmente recién en La Constitución de 1979. Esta Constitución establece el

control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el artículo 236°. Este artículo tuvo su desarrollo en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS publicado el 2 de febrero de 1993, y actualmente se encuentra regulado en el artículo 138° de la Constitución de 1993.

Asimismo el control difuso está desarrollado en innumerables jurisprudencias, así en el EXP. N.° 1124-2001-AA/TC, fundamento 13; y también se encuentra reproducido en el fundamento 6 del EXP. N.° 1109-2002-AA/TC.

La fórmula jurisprudencial es similar a la regulación normativa consagrada en el artículo VI del Código Procesal Constitucional: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. Debemos de tener en cuenta que muchos de los casos que terminan siendo conocidos en los procesos constitucionales basan materialmente el petitorio en la inaplicación de la norma controvertida que no integra por su naturaleza el *bloqueo constitucional*, es decir la *Constitución normativamente efectiva*; lo que quiere decir que sólo será obligatorio el control difuso cuando se dé este caso en especial, la impugnación de un acto administrativo cuyo contenido califica como hecho infractor.

Si una norma legal es incompatible con una norma constitucional, es lógico que aquella no podrá interpretarse conforme a la Constitución, por lo tanto será deber del juez inaplicarla. El factor adicional que agrega la ley, “la relevancia para resolver la controversia”, no es sino un factor incidental dentro del proceso cognoscitivo del juez al momento de extraer la norma del precepto y decidir la aplicación. Además no está expresamente considerado en la Constitución por lo cual ésta no puede restringirse a condicionantes. No está acorde con los criterios de “razonabilidad”, restringir el control difuso como poder-deber del juez a un “sí y sólo sí” de un factor incidental. Recordemos que el juzgador constitucional a diferencia del juez ordinario tiene atribuciones extra petita por lo que no puede restringirse sólo a la resolución de la controversia, sino a todo el sistema constitucional.

4.1.4.3.- SISTEMA POLÍTICO.

Tiene su origen en la Constitución francesa de 1946. Ésta concreta el “Comité Constitucional” que desde 1958 resuelve en el “Consejo Constitucional” francés la tarea de evaluar la supremacía de la carta superior del Estado. Entre las tareas específicas del Consejo está la de pronunciarse, obligatoriamente y de manera previa

a la promulgación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias, ejerce una especie de autocontrol. Actualmente se encuentra en desuso. Este sistema no derogaba la norma constitucional sino que trataba que la Constitución no sea vulnerada.

4.1.4.4.- SISTEMA MIXTO.

Es el caso de Venezuela o México, en donde solo un órgano, la Corte Suprema, aparece como única instancia o como instancia final, pues “conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (mediante la acción popular de inconstitucionalidad).

4.1.4.5.- SISTEMA DUAL O PARALELO.

Es la aplicación de los sistemas difuso y concentrado en forma paralela sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Es decir, cuando coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico. En nuestro país, el modelo americano se aplica en el artículo 138° de la Constitución y el modelo europeo en el Título V de la misma carta magna a través del Tribunal Constitucional.

4.1.5.- BALANCE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERU.

La Justicia Constitucional se ha transformado en los últimos años, en un sistema elaborado, que tiene por objeto la solución de conflicto de interés constitucionales.

Para ello recurre a métodos y formas jurisdiccionales, que comprende el conjunto de instrumentos procesales de garantía constitucional.

Competentes son los organismos judiciales ordinarios (jueces y tribunales), y el Tribunal Constitucional..

El Poder Judicial, nace con la Republica, el control constitucional a través de un Tribunal especializado, es un fenómeno reciente en el Perú, su antecedente data de 1982.

Las Constituciones se limitaron a consagrar la independencia del Poder Judicial, exclusividad para ejercer la función jurisdiccional, y con la idea que está sola mención garantizaba el cumplimiento de la Constitución.

Hasta antes de la promulgación de la Constitución de 1979, la justicia constitucional en el Perú se componía, básicamente, de dos mecanismos que servían para el control constitucional de las normas. El primer mecanismo estaba regulado en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 -y de clara inspiración en la judicial review-, que facultaba al Poder Judicial en cualquiera de sus instancias, con efectos limitados al caso concreto, la solución de conflictos carácter constitucional. El segundo, conocido como Acción Popular instaurada por el artículo 133º de la Constitución de 1933, como instrumento procesal constitucional para el control, en vía de acción y con efectos generales, de las normas emanadas del Poder Ejecutivo.

Antes de 1979, normativamente nuestro sistema carecía de jurisdicción constitucional concentrado, por lo que el control de la constitucionalidad era asumido directamente por el Poder Judicial, pero este se sustraía de tal obligación argumentando falta de regulación procesal.

La Carta de 1979, marca la diferencia al inaugurar en materia de control jurisdiccional, el Control Concentrado, herencia del influjo constitucional europeo, específicamente de la Constitución española de 1978.

La Constitución de 1979, prescribe normas estableciendo el control difuso a cargo del Poder Judicial, pero además normas del control concentrado mediante la instalación del Tribunal de Garantías Constitucionales, la mencionada institución fue definido como "órgano de control de la Constitución", independiente de los demás órganos del Estado y solamente sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica. Su creación fue de cierta manera una manera de responder a la crisis del Poder Judicial.

Sin embargo, la conformación del TGC creaba reservas acerca de su independencia. Toda vez que tenía una composición corporativa y representativa de los tres poderes clásicos del Estado, se componía de nueve miembros: tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia. Eran años donde se vivía un mundo bipolar, por lo mismo profundamente politizado, ese aspecto llagó al TGC hasta niveles extremos. Ella se hizo evidente, en la falta de quórum para sesionar, cuando la materia a tratar resultaba demasiado incómoda para el poder político.

La Jurisprudencial producida por el TGC, desde su instalación, en 1982 hasta su clausura, en 1992, por el golpe de Estado del entonces Presidente Constitucional Alberto Fujimori, fue mínima. El Tribunal resolvió 15 acciones de inconstitucionalidad, de la siguiente manera: 02 procesos, con autos de inadmisibilidad, 05 o no alcanzaron el número de votos necesarios para dictar sentencia, 01 caso se presentó una situación peculiar, pues un extremo de la demanda fue resuelto, declarándose infundado, mientras que el otro no pudo ser al no reunirse el número de votos necesarios. Y de las restantes, 02 sentencias fueron declaradas infundada la demanda y en 05 oportunidades el TGC declaró fundada la pretensión de inconstitucionalidad. Por lo tanto, en más de la tercera parte de casos llegados al conocimiento del TGC, no recayó sentencia alguna.

Asimismo en el período de vigencia del TGC, fueron vistas un total de 577 acciones de Amparo y de Hábeas Corpus. La mayoría de estos recursos fueron desestimados por el Tribunal, poniendo en evidencia la poca relevancia que le otorgaba la justicia constitucional. Es válido concluir que la jurisdicción constitucional no garantizó la efectiva vigencia de la Constitución de 1979.

Con la recuperación de la Democracia, y en el marco de la Carta de 1993, con la presencia institucional del Tribunal Constitucional, el panorama sombrío parece revertir.

El Tribunal Constitucional conoció 8 casos de Procesos de Inconstitucionalidad el año 2000, 4 resolvió, el año de mayor actividad fue el 2004, ingresaron 54 causas de inconstitucionalidad, resolviendo 45. El año 2005 ingreso y resolvieron 35 causas, el 2006 ingresaron 33 y resolvieron 35, el 2007 ingresaron y resolvieron 36 causas. Igual se puede referir de los otros procesos, en Amparo el 2007 ingresaron 4696, y resolvieron 6,412, Habeas Corpus ingresaron 1,129 y resolvieron 1367. El panorama de la Justicia Constitucional va mejorando, y ya no se comprende el Derecho como compartimientos estancos, sino como un sistema jerarquizado, en la cual la Constitución ocupa un lugar de privilegio.

4.2.- EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

4.2.1.- ESTADO DE DERECHO

Significa la vigencia y respeto a los derechos y libertades fundamentales, equilibrada división de los órganos de poder, la determinación de las competencias, sometimiento de los órganos de poder al ordenamiento legal. El Estado de Derecho se caracterizaba por el "Principio de Legalidad".

El Estado de Derecho, tiene como referente más remoto a Inmanuel Kant, quien consideraba que el Estado tiene como límite la Libertad individual. Dentro del contexto histórico del llamado Mundo Occidental, se constituye el Estado Nación, Soberano, o Moderno, siendo su creador teórico el francés Jean Bodin (1530-1596), quien postula teóricamente en su obra "Les six livres de la République" (1576), Los seis libros de la República, obra fundadora. Sin embargo, tardo muchos años para que se conozca el "Estado de Derecho", y ello ocurrirá en pleno siglo XIX, cuando el Estado Moderno era una realidad en todo el mundo; se comienza a hablar de "Estado de Derecho", categoría conquistada para el Derecho y todas las civilizaciones modernas, por los Neo-Kantianos de Izquierda de la Escuela de Marburgo, específicamente por Herman COHEN (1842-1918): "System der Philosophie" (Berlín 1921. Tomo II), Cohen sostenía que el Estado de Poder (der Machtsstaat) puede transformarse en Estado de Derecho (der Rechtsstaat), pero sólo a partir del momento en que cesa de estar a disposición exclusiva de los particulares intereses de clase. Posteriormente el gran jurista Hans Kelsen, encumbrará la categoría: "Estado de Derecho". Entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, a partir de la Constitución, y sustentado en la llamada "Pirámide legislativa kelseniana", principio consagrado en todas las Constituciones rígidas del mundo, mas no, en las Constituciones Flexibles (en nuestra Constitución de 1993, Artículo 51º).

4.2.2.- ANTECEDENTES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Desde una perspectiva Doctrinaria, y atendiendo al Nomen Juris de las corrientes de ideas, en el Derecho Constitucional, para que se llegue al Estado Constitucional y los fundamentos jurídicos de la constitucionalidad, las ideas que tuvieron que recorrer fueron:

- a) Supremacía de la Constitución
- b) Jerarquía de las normas jurídicas
- c) Inviolabilidad de la Constitución

Una vez maduras dichas ideas, fue realidad el Estado Constitucional de Derecho. Estos fundamentos jurídicos se constituirán en principios constitucionales, que tutelan los Derechos Fundamentales, y la Jerarquía de las Normas Jurídicas.

4.2.3.- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Es planteamiento del Constitucionalismo social, que se genera con las Constituciones de Querétaro (1917), y Weimar (1919). Buscaba ser una alternativa del Estado de Derecho, políticamente apropiada por el Liberalismo y que tenía que dar respuestas a las profundas brechas sociales. Herman Heller, considera al Estado Social de Derecho, como una etapa de transición que tiende hacia el Socialismo. Se diferencia del Estado de Derecho, por cuanto da acceso a demandas sociales no atendidas por el Estado de Derecho. Como el Derecho Colectivos: a la Huelga, Negociación Colectiva, Sindicalismo, seguridad social, derechos Individuales laborales: Jornada laboral, salario, vacaciones.

4.2.4.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

La utilización del nomen juris, corresponde por primera vez al poeta inglés Robert Southey en 1832. Al imperio de la Ley, se opone el Imperio de la Constitución con dos ideas centrales que apuntalan y son la supremacía de la Constitución y la separación de Funciones en el ejercicio del poder.

El Estado Constitucional de Derecho supera el principio de legalidad, se caracteriza por el "Principio de la Constitucionalidad". El primero se motoriza con una jurisdicción independiente de la administración, como es la jurisdicción del Poder Judicial; el Estado Constitucional se motoriza con una jurisdicción especial como es la jurisdicción constitucional, históricamente surgida en Europa después de la segunda Guerra Mundial, de hay expandida al llamado "Mundo Occidental", llegando a nuestro Continente Sur Americano en la Década de 1970, con la ola democrática de aquella época, consagrada en el Perú con la Constitución de 1979.

El imperio de la Constitución propugna la prevalencia de ésta sobre la Ley, la Constitución era reconocida como Código Político no como norma jurídica, con el Estado Constitucional de Derecho, no solo es reconocida como Norma Jurídica, sino que también como norma Jurídica Fundamental. El Estado Constitucional de Derecho, encuentra la autoridad fundadora del Derecho en la Constitución, expresión de la voluntad general, y es fuente que origina el orden Político, Jurídico, Social, y Económico. Se configura el aspecto cultural del Estado, se da

cabida a los Derechos Culturales. No obstante, no es pacífica en doctrina su recepción; así para el jurista alemán Meter Häberle un elemento del Estado Constitucional es el Estado Social de Derecho; por otro lado para otro eminente constitucionalista Gustavo Zagrebelsky, catedrático de la Universidad de Turín, el concepto de Estado Constitucional de Derecho es alternativo al de Estado de Derecho. El Estado sujeta su actividad a la Constitución, y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos hay prescritos. Para Zagrebelsky, el problema central es la relación del Derecho con el complejo y completo entramado étnico, religioso, político y cultural que regula. El postulado matriz es que las normas jurídicas no son fría expresión de intereses particulares, tampoco mera enumeración de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás han de acatar, sino todo lo contrario. Si reconocemos la necesidad del Derecho en nuestras vidas, es necesario encauzar al Derecho como límite del poder, configurándose como la forma más perfecta que tenemos de encauzar la arbitrariedad con arreglo a ciertos parámetros lógicos. Esto es, es necesario la Ductilidad del Derecho, jurídicamente traducida en huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos (la "textura abierta del Derecho" de la que hablaba Hart), en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía.

La posibilidad de descomponer y deshilar toda idea, valor o principio, excluyendo la rigidez dogmática, de épocas anteriores, implica cuestionar y negar al Estado de Derecho, y apostar por el pluralismo jurídico, lo que ayudará una dogmática "fluida o líquida".

4.2.5.- EL FUNDAMENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.

Es preciso destacar, que si bien en las líneas del pensamiento de Kelsen, las normas constitucionales, son tales, en la actualidad ese paradigma, constituida en verdad oficial por mucho tiempo por el positivismo jurídico, es severamente cuestionada: Ante la pregunta ¿Toda norma constitucional, es constitucional? Es admisible dos respuestas contrapuestas, la del positivismo, y la del uis naturalismo, el autor reproduce las ideas de los juristas más representativos de ambas corrientes.

4.2.5.1 TEORÍA DE KELSEN: POSITIVISMO.

Hans Kelsen, Jurista, filósofo y político austríaco, nació en Praga, el 11 de octubre de 1881, y murió en Berkeley, California, el 19 abril 1973. Sus antecesores son del pueblo de Kelsen sobre Saaburg, distrito de Trier, comunidad que en 1953 contaba con 139 habitantes. La misma se encuentra ubicada en la frontera Luxemburguesa – Alemana. Su ubicación sólo aparece en grandes mapas. A fines del Siglo XVIII, se dieron apellidos a las familias judías que habitaban en Austria, es sabido que muchas familias escogieron el nombre el del lugar de su procedencia como patronímico. Es posible que de esta manera hayan obtenido su apellido los antepasados de Hans Kelsen. En 1936, cuando Karl Schmitt organizó una serie de conferencias, el Profesor Erich Jung habló de Kelsen como “Kelsen Kohn”. Posteriormente y con la intención de mellar el prestigio de Kelsen, en Austria le llamaron algunos: “Kohn” ó “Cohn”. Son innumerables las obras escritas por Hans Kelsen, en un inicio de su vida escribió poesía, luego desilusionado se refugió en la filosofía, posteriormente recalo en la política y la narrativa literaria, para finalmente dedicarse por entero al Derecho. El jurista y filósofo italiano GUIDO FASSÓ, en su “Historia de la filosofía 3” Nos da el alcance, en el sentido que antes de Kelsen la expresión de una “Teoría Pura del Derecho” (Reine Rechtslehre), fue usada por Rudolf Stammler (1856-1938). Por otro lado, como: “Ciencia Jurídica Pura” fue teorizada, bajo inspiración austiniana, por el suizo Ernesto Roguier (1851-1939). Dicho esto pasamos a analizar los aspectos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, teoría en la cual reposa su idea de la constitucionalidad de las normas constitucionales, así como los aspectos principales del pensamiento kelseniano.

“La Teoría Pura del Derecho”, se sustenta en tres obras: 1.- Teoría general del estado (1925). 2.- Teoría pura del derecho (1934). 3.- Teoría general del derecho y el estado (1945).

La segunda obra, es consagrada específicamente a la formulación de la teoría pura. en el prólogo a la primera edición, firmada en ginebra en 1934, dice que desde el comienzo de esta labor han transcurrido más de dos décadas. En efecto. la primera vez que formula Hans Kelsen su teoría es en su libro: “problemas capitales de la teoría jurídica del estado” (1911). En la “Teoría General del Estado”, dado que para Kelsen el estado es absorbido por el derecho. La “idea del estado como orden normativo de la conducta humana”. Kelsen

reconoce en Gerber, Laband y Jellinke, esfuerzo por elaborar una teoría estrictamente positiva del estado. sin matiz político, sin concesiones al ius naturalismo, empleo de método basado en la crítica kantiana de la razón, y en el dualismo del ser y el deber ser para Kelsen el problema del estado, es el de la validez y creación de un orden jurídico. El reto para Kelsen es separar la política del derecho, por incompatible con ideal de toda ciencia cifrado en la objetividad y la exactitud. La primera edición de la “Teoría Pura del Derecho” tiene la autenticidad de ser la formulación originaria de la doctrina como tal. La segunda edición en alemán, publicada en viena en 1960, ofrece la ventaja de constituir “una reelaboración completa de los temas tratados .. y ampliación de su campo de estudio”.

La teoría pura, en sí misma no equivale a una teoría general del derecho, ni a una filosofía, si es una doctrina principalmente metodológica y epistemológica, que tiene por finalidad dar solución a los problemas fundamentales de la teoría general del derecho y del estado. Kelsen hace teoría general, con el núcleo argumentativo de la “teoría pura”, una imagen que es contemplada y percibida a través de la ciencia jurídica. El derecho exige el concepto, sino estamos en el vacío, en este aspecto Kelsen es kantiano. el método no procede del objeto, más bien este es un producto del método.

La teoría de Kelsen es una teoría de la ciencia del derecho, por dos razones no hace ciencia jurídica, y señala las bases para elaborarla, traza un programa, en el plano de la teoría general. Se trata de una teoría de un orden jurídico específico: busca la simetría entre la generalidad del planteamiento y la del derecho positivo que no es uno específicamente determinado, históricamente existente y vigente como tal. esta es la primera inconsecuencia que encontramos en la teoría pura, porque el derecho positivo general que no se identifica con uno determinado, esta es una abstracción cercana al ius naturalismo. La teoría pura, enunciada sin subordinación a un derecho positivo, es aplicable a cualquier derecho positivo, y no solo en el desarrollo de una actividad científica sino en el conocimiento técnico del derecho. y esta es la segunda inconsecuencia.

Sistema estático del derecho es cuando la norma fundamental en que descansa tiene un contenido intrínsecamente válido. como “debes cumplir lo prometido”. Sistema dinámico del derecho, las normas no son válidas intrínsecamente sino en cuanto ha sido creado de acuerdo con una determinada regla.

Concepto esencial en Kelsen es la norma jurídica. Tiene un tratamiento distinto en sus tres obras, pero el concepto más conocido, es la que aparece en la “TEORIA GENERAL DEL ESTADO” (1925) califica a la norma de “proposición jurídica” y señala que siendo característica del todo la de ser un orden coactivo “cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción” (p. 62. traducción de Luis Legaz Lacambra. México 1979).

Para Kelsen existen modalidades de normas jurídicas, y son las normas primarias y a las secundarias, y confiere rango de norma a las individuales. Tres núcleos de la doctrina de Kelsen integran la teoría dinámica, son entre sí consecuentes y recurrente. Y son las siguientes:

1. Norma Fundamentadora
2. Construcción Escalonada del Orden Jurídico
3. La Producción y Aplicación del Derecho Actuando de Manera Conjunta

El Orden Jurídico, en cuanto a su Unidad, es fundada por una Norma Fundamentadora. La validez, por irradiación o remisión, también lo es. La exposición de la hacemos en base a la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”. El último Kelsen es un crítico de sí mismo, que reconoce la ficción de la norma fundamental, por lo que ofrece una Teoría puesta en duda y en gran parte negada.

Lo objetable a Kelsen, es a nuestro juicio que considera la existencia equivalente a la validez, unas veces a la norma misma, otras la obtiene de la inserción de la norma en un sistema. Kelsen, aunque propugna la unidad del sistema, no construye la argumentación partiendo del sistema, sino de las partes, que son las normas, afirma: “El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma”. De donde infiere, que la norma conforme a la cual otra norma es válida supone la relación de una norma superior (creadora de validez) con otra inferior (válida conforme aquélla). El argumento es circular: La validez de una norma procede de la validez de otra, y así sucesivamente. Si a esto no se le pusiera un límite, llegaría hasta el infinito, siempre permanecería abierta. De la necesidad de un límite a la ascensión infinita surge la Teoría de que ha de haber una norma superior y última.

“Norma Fundamental”, o “Norma Fundante Básica” (de estos dos modos se ha traducido al castellano la palabra alemana Grundnorm) a la norma superior y última. No hay ninguna por encima. Como término inicial, da lugar a la validez de todas las normas integradas al sistema. La Norma Suprema, expresa la unidad del sistema, y funda la validez de todas las normas, no puede ser como las demás normas, una norma impuesta sino es una NORMA PRESUPUESTA, esto quiere decir que no viene impuesta por una autoridad, si la estableciera una autoridad habría de ser competente, y la competencia vendría conferida por otra norma superior. La Norma Fundamental no puede ser impuesta sino presupuesta, y sólo le queda la posibilidad de ser pensada. Al ser pensada, funda la validez de las normas impuestas, no se trata de pensarla en el vacío, no es producto del libre invención, no se produce arbitrariamente, en el sentido de que quepa una opción entre diversas normas fundamentales posibles. Para tener conciencia de la norma fundamental, es necesario tener conciencia que la misma se refiere a una determinada constitución, producida por la costumbre o promulgada expresamente, y eficaz mediante un orden coactivo. De esta manera la explicación de todo orden jurídico, descansa sobre una base gnoseológica.

El modo de combinar la validez y la eficacia ha sufrido la reelaboración por Kelsen de su pensamiento. En la “Teoría General del Derecho y el Estado”, entiende la validez como fundamento del orden jurídico y de las normas y la eficacia como condición de validez, porque la eficacia la refiere al orden jurídico en su conjunto y no a las normas en particular. De donde se infiere que la eficacia no es en ningún caso condición de la validez de una norma particular.

En la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”, corrige la segunda aseveración del libro antes comentado, para sostener que la eficacia es también condición de la validez de una norma aislada. Pese a esta rectificación, que supone a la eficacia una función condicionante, no puede sostener que la eficacia se superponga a la validez ni que la equivalga.

Las normas no aparecen en el mismo plano. la diversidad de planos no se limita a señalar una diferencia de nivel, tiene una graduación, pasa de una norma inferior a una superior, o a la inversa, y así sucesivamente.

La norma fundamental (grundnorm) es supuesta o hipotética, no forma parte del orden jurídico, determina su unidad y es fundamento último de validez. En un orden estatal el primer nivel o estrato superior está representado por la constitución. La constitución tiene un sentido material, que son las normas positivas que regulan la producción de las normas generales. La constitución en sentido formal, también se refieren a otros objetos, disposiciones de derogación o modificaciones de las normas constitucionales.

El segundo nivel, lo constituyen las normas jurídicas generales producidas por la legislación o la costumbre. En los estados modernos las constituciones establecen órganos legislativos competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y órganos administrativos. de modo que el tercer escalón es el de los procedimientos judiciales y administrativos. Es posible, pero es lo excepcional, que los tribunales y los organismos administrativos estén facultados por la constitución para producir ellos mismos para producir las normas que aplicaran en los casos concretos.

4.2.5.2 TEORÍA DE PECES BARBA: IUS NATURALISMO.

Estima el autor que el jurista más representativo del ius naturalismo, en el tema abordado, es el jurisconsulto Gregorio Peces Barba. Para valorar los escritos de Gregorio Peces Barba es necesario conocer algo de su robusta personalidad. Jurista de múltiples ocupaciones, de una definida posición política: Socialista. Como ninguno, defensor con profunda convicción de los Derechos Fundamentales, no solo a nivel teórico sino también en los Tribunales. Polifacético: Jurista, Legislador, Educador, Escritor de Libros, y sobretodo Político. Una de las mentes más brillantes de Europa, y de España en particular, es muy leído en universidades europeas y americanas. Pero tengamos siempre presente que Peces Barba, es un autor español, escribe para un público español fundamentalmente, no podrías ser de otra manera, y desde la tradición del pensamiento occidental. El tema cuya síntesis nos toca conocer es el correspondiente al Capítulo XIII, referido al Estado y al Derecho en los tiempos actuales, del libro: "Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General", Editorial Boletín del Estado, Madrid. 1995.

En seguida, editada las ideas del eminente jurista español, las reproducimos. Gregorio Peces Barba, estudiado la relación entre poder y Derecho, pero

principalmente desde el punto de vista histórico. Esos trabajos son: «Reflexiones sobre el Derecho y poder», en *Libertad. Poder. Socialismo*; y en *“Introducción a la Filosofía del Derecho”*. En las conclusiones, en lo que al sistema jurídico, es que surge a partir del tránsito la modernidad, se refiere, es que existe una conexión entre ambos fenómenos. y que a partir de Bodino: *“Los Seis libros de la República”*, se empieza a teorizar sobre esa realidad, situando a la producción normativa como primera función del poder que se denomina soberano. Frente a este modelo, el medieval está representado por un pluralismo de poderes -poliarquía- entre la Iglesia, el Imperio, los señores feudales, las corporaciones, o la naciente burguesía de las ciudades, y el Derecho, consecuencia de esa situación, está igualmente dividido, con un pluralismo de fuentes, y con una idea de lo jurídico, de origen aristotélico. Y concluye en esa especie de introducción, que al no existir monopolio en el uso de la fuerza legítima no hay un referente unitario que permita construir una idea sistemática de Derecho ni atribuir al poder una función central en su génesis.

Por otra parte, hace mención a la concepción iusnaturalista racionalista, que sucede al ius naturalismo tomista medieval, no considera al Derecho sólo como expresión del poder, ni como expresión de la voluntad divina, y que como todo iusnaturalismo es dualista y considera dos realidades jurídicas, el Derecho natural y el Derecho positivo. el segundo teóricamente subordinado al primero.

Sin embargo varios elementos de esta cultura jurídica de los siglos XVI a XVIII van a reforzar la creencia en una muy directa relación entre poder y Derecho. En primer lugar la señalada unificación del poder, con la construcción de la noción de soberanía y con la atribución a ésta de la creación de normas jurídicas. En segundo lugar la debilidad de la construcción del ius naturalismo racionalista, y de la aplicación del método matemático con la existencia de una norma básica material de la que se deduce el resto del sistema de Derecho natural, por la incapacidad de las distintas construcciones teóricas sobre cuál sea la identidad de esa norma, y por la pluralidad de respuestas a la misma. En tercer lugar, por la falta de eficacia social de las normas del llamado Derecho natural que necesitan del positivo para implantarse, lo que reconocen incluso los autores iusnaturalistas como Pufendorf. Finalmente la ideología ius naturalista moderna comprende casi siempre, una concepción contractualista para explicar el origen de la sociedad y del poder, lo que favorece asimismo la conexión directa entre Derecho y poder. Y concluye señalando Peces Barba que en definitiva el ius naturalismo racionalista no es antitético con las

concepciones del poder estatal soberano creador del Derecho, sino que contribuye a reforzado y a justificarlo.

Por otro lado, para Peces Barba, encontramos entre las concepciones políticas, sociales y jurídicas distintas formas de entender la relación, y también de negarla a lo largo de la historia. Podemos señalar las siguientes:

- Supremacía del poder sobre el Derecho;
- Supremacía del Derecho sobre el poder;
- Identificación entre poder y Derecho con negación, a veces, de uno de los dos, separación entre poder y Derecho, o relación de coordinación o de integración entre poder y Derecho.

Estos diversos paradigmas aparecen muchas veces mezclados a lo largo de la historia, se pueden, a su vez, desmenuzar en otros múltiples, formados por varios de ellos, y se construyen también desde plataformas y puntos de vista heterogéneos, tanto desde la filosofía política, jurídica o moral, *como* desde concepciones científicas, e incluso a veces se adoptan uno u otro, de una manera implícita sin asumir una posición, ni intervenir con propuestas concretas en el debate teórico.

En la actualidad, el poder, que es fuerza más consenso en unos valores que asume y recibe de la moralidad, crea y sostiene un sistema normativo al que transmite una dimensión coactiva con la fuerza para que sea eficaz, y una dimensión de aceptación colectiva con el consenso en los valores políticos que a través de los principios de organización y de los derechos fundamentales, transforma en valores jurídicos. A su vez el Derecho con esos contenidos utiliza, en gran parte, su capacidad normativa para regular el uso de la fuerza, que es una de las dos vertientes del poder. También regulará los efectos jurídicos de esos valores políticos, convirtiéndolos en valores jurídicos y norma básica material del Ordenamiento, y se beneficiará del consenso que sostiene al poder, para facilitar y favorecer el consenso en el Derecho que produce su eficacia.

Este es el modelo de relación entre poder y Derecho que puede superar la posible dificultad de la relación entre voluntad y norma, entre ser y deber ser. El poder, no es una simple realidad social, no es un hecho, sino que a través de las personas y de su deliberación racional por los mecanismos de formación de la voluntad asume valores morales, que están en el mundo del deber ser y que son los que pretende realizar eficazmente a través del Derecho en nuestro modelo como derechos fundamentales y como principios de organización. Esta coordinación que define correctamente al

sistema político y jurídico en el que surgen y se consolidan los derechos fundamentales, supone lo siguiente:

- a) No existe jerarquía ni superioridad de uno sobre otro, sino un equilibrio y una vinculación correlativa.
- b) Se rechazan los reduccionismos analizado atribuibles a Schmitt y a Kelsen.
- c) El Derecho como expresión de una norma y el poder de una voluntad referida a valores no se contraponen, sino que se comunican y se integran.
- d) El poder crea en última instancia al Derecho positivo, pero éste configura al poder como poder jurídico. (Que lo limita y lo organiza).
- e) La moralidad que asume el poder se traslada al Derecho positivo. En el caso que nos ocupa la moralidad de la libertad, de la igualdad, de la seguridad jurídica y de la solidaridad, valores del sistema jurídico se convierten en norma básica material del ordenamiento. En este tema Heller, aunque en la misma línea, hablará en lugar de moralidad, de «principios jurídicos suprapositivos».

En definitiva, estima el suscrito que en Peces Barba, la constitucionalidad de las normas constitucionales, reposan en alinearse o no a los macro principios de: Libertad, igualdad, seguridad jurídica, y solidaridad,

4.3.- LAS CONSTITUCIONES PERUANAS.

En la Historia jurídica peruana, verificamos que las Constituciones Peruanas, salvo las dos últimas, son Constituciones Normativas (1979, y 1993), toda vez que involucran derechos y normas referentes a la seguridad jurídica y libertad, y se expresan de manera eficaz y eficiente; esto fluye del análisis que de ellas hacemos en base a los libros del constitucionalista más influyente de nuestros días Domingo García Belaúnde, publicada en coautoría con Walter Gutiérrez Camacho: "Las Constituciones del Perú"¹, y del mayor historiador del Constitucionalismo peruano el maestro sanmarquino Juan Vicente Ugarte del Pino la "Historia de las Constituciones del Perú"², características expuestas que nos permitirá comprender con mayor alcance el tema de estudio.

¹ García Belaúnde, Domingo y Gutiérrez Camacho, Walter: "Las Constituciones del Perú".- Edición Oficial, Ministerio de Justicia. Lima 1993.

² Ugarte del Pino, Juan Vicente: "Historia de las Constituciones del Perú" Editorial Andina. Lima 1978.

El primer síntoma político libertario del Perú, se vivió hacia 1810 cuando se establece la Constituyente que dictará la **Constitución de Cádiz de 1812**. El Poder de la Corona Española, en época de Fernando VII, había entrado en un franco proceso de crisis. Cautivo de los franceses, un poder concentrado y centralizado, acéfalo, no tenía funcionamiento. Los Criollos, en Cádiz por primera vez experimentan que sus demandas políticas podían ser escuchadas y satisfechas, además esas demandas son declaradas con inspiración de las ideas liberales de moda en aquellos tiempos. Desde aquella Constitución, en el Perú rigieron las Cartas Magnas, siguientes:

Estatuto Provisorio (08 de Octubre de 1821)

La Constitución de 1823

La Carta de 1826, (llamada vitalicia y que nació muerta porque no rigió),

La Constitución de 1828,

La Constitución de 1834

La Constitución de 1836 (Constitución Política de la Confederación Perú Boliviana: Constitución del Estado Sud-Peruano)

La Constitución de 1836 (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Constitución del Estado Nor-Peruano)

La Constitución de 1836 (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Decreto del 28 de octubre de 1836. Establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana)

La Constitución de 1837 (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana)

La Constitución del año 1839

Constitución de 1856

La Constitución de 1860

La Constitución de 1867

La Constitución de 1920

La Constitución de 1933

La Constitución de 1979

La Constitución de 1993

Nuestras Constituciones Republicanas, fueron nominales o semánticas, y dicha cualidad caracterizó al Constitucionalismo, hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, no sorprende que vinculado a la tutela de la autonomía privada de la voluntad, o autonomía de la voluntad, no existieran normas de carácter constitucional. Sin embargo, algo cercano a una tutela, vemos que a

partir de **la Constitución de 1860**, se repite en las todas las Constituciones posteriores, una norma jurídica, con el siguiente contenido: **“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”**.

Por otro lado, debemos mencionar que **la Constitución de 1933**, regula una norma que: “Artículo 40.- El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley señalará los requisitos a que sujeta su ejercicio y las garantías que le acuerda. Cuando lo exijan la seguridad o la necesidad públicas, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación”. En cierta manera, va configurándose una tutela a la Libertad Contractual, que deriva de la Autonomía de la Voluntad.

Con la Constitución de 1979, si tenemos

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

12.- A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho.

20.- A la libertad y seguridad personales.”

“Artículo 3. Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables.”

“Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”.

4.4.- LA CONSTITUCIÓN DE 1993.

Continúa con las líneas matrices esenciales de lo establecido en la Constitución de 1979, su precedente inmediato, contempla regulación orgánica en el Título I, y en los dos primeros capítulos respectivamente para “Los Derechos Fundamentales de la Persona”, así como “De los Derechos Sociales y Económicos”. En el aspecto procesal, por otro lado, en el Título V dedica al tema “De las Garantías Constitucionales”, en la que innova con respecto a su predecesor inmediato, dos nuevas garantías: Habeas Data, y la Acción de Cumplimiento. Además la institución encargada de control concentrado de la

constitución dejará de llamarse “Tribunal de Garantías Constitucionales”, para ser “Tribunal Constitucional”.

Si bien la Constitución de 1993, no contiene norma que consagre la libertad de celebrar actos jurídicos, si contiene una norma que se refiere en el **Art. 2º numeral 14**, a celebrar contratos, prescribiendo como derecho de toda persona *“A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*.

Además adviértase como defecto técnico, el hecho de señalar “persona”, cuando de conformidad nuestro ordenamiento jurídico (Libro I, de nuestro C.C.) lo más apropiado debió ser referirse de “Sujeto de Derecho”.

Por otro lado, en el artículo 62º, se regula la libertad de contratación, y garantiza el respeto por los contratos.

“Artículo 62º. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

No encontramos artículo que específicamente contenga la disposición sobre tutela de la autonomía de la voluntad, o de la libertad de realizar actos jurídicos por medio de representantes, o de celebrar y configurar contratos de mandatos, una regulación semejante no sería técnicamente bondadosa, todo lo contrario pecaría de reglamentarista..

El Derecho Constitucional y el Derecho Privado están muy relacionados. Es cierto que hasta la primera mitad del siglo XX, no podía plantearse que estas ramas del Derecho guardaban importante interdependencia, haciendo casi nula cualquier relación entre ambas, debido a la situación político-económica de aquellos tiempos. En nuestros días, sin embargo, es insostenible negar la relación entre ambas, no

resulta entonces para nada extraño que busquemos la solución de un asunto de Derecho Privado en el Derecho Constitucional³.

El fundamento del Estado Constitucional, en el ámbito de la autonomía de la voluntad, o autonomía privada, debe estar orientado a otorgar validez y eficacia a los actos jurídicos, brindando seguridad jurídica a las partes que se relacionan jurídicamente, como sostiene Peces Barba, sustentarse en cuatro Principios Rectores: Libertad, Igualdad, Solidaridad, y Seguridad Jurídica; en la cual finalmente reposan los fundamentos de una sociedad organizadamente civilizada.

4.5.- LAS PRINCIPALES CONSTITUCIONES DE AMÉRICA.

4.5.1. ARGENTINA: CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1994)

“Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe”.

4.5.2. ECUADOR: CONSTITUCIÓN POLÍTICA (2008)

Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

17. La libertad de contratación, con sujeción a la ley. ...

4.5.3. EL SALVADOR: CONSTITUCIÓN (1983)

Artículo 102.- Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social. El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.

4.5.4. MÉXICO.- CONSTITUCIÓN FEDERAL (1917)

³ HESSE, Konrad. “Derecho Constitucional y Derecho Privado”. Traducción de la edición alemana de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Civitas. Madrid 1995. pp. 31 y sgtes.

Artículo 5.-... El estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa. Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo solo obligara a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, perdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, solo obligara a este a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

4.5.5. VENEZUELA: CONSTITUCIÓN (1999)

Artículo 89.- La ley determinará la responsabilidad que incumba a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos.

4.5.6. APRECIACIÓN DEL AUTOR SOBRE LAS REGULACIONES CONSTITUCIONALES DE NUESTRA AMERICA.

El derecho comparado constitucional americano, es pródigo en normas de libertad contractual, sin embargo también consagran normas que no otorgan libertad absoluta, sino más bien establecen causales que relativizan la autonomía y sus efectos. Ello es tangible, en el ordenamiento jurídico argentino

Si bien, el artículo 19º (primera parte) de la Constitución Nacional Argentina, prescribe que: “Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.” Ese contenido normativo, para efecto de la interpretación debemos relacionar con el párrafo del mismo artículo, que prescribe: “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

El objeto contractual no puede establecerse de forma absolutamente libre, pues los artículos 21 y 953, del Código Civil fijan genéricamente sus límites de aceptación y rechazo.

“Artículo 21.

Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

“Artículo 953.

El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Similares restricciones establecen entre otros, los artículos 19, 502, 507, 530, 531, 542, 564, 792, 794, 795, 1047, 1049, 1082, 1164/5/6 y 1659 del Código Civil, desde su versión original, a los que pueden sumarse restricciones para contratos en particular, como la compraventa, (artículos 1364, 1374, 1380 y 1400 Código Civil), la locación (artículos 1505 Código Civil), el mandato (artículos 1918/1919 Código Civil). Asimismo se observan dichas limitaciones, en la donación (artículos 1800 Código Civil), la prenda (artículo 3222 Código Civil). En efecto, con respecto al mandato, los mencionados artículos prescriben lo siguiente:

Artículo 1918.-

“No podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobación expresa”.

Artículo 1919.-

“Si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante”.

A la disposiciones establecidas por el Código Civil, se agregarán disposiciones de leyes especiales, como los referentes a las ventas de lotes en mensualidades (ley 14.005 modificada por ley 23.266, (ADLA X-A;243, XLV-D-359), de prehorizontalidad,

(ley 19.724-ADLA XXXII-C-3368), de contratos de trabajo (ley 20744).

4.6.- LAS PRINCIPALES CONSTITUCIONES DE EUROPA.

4.6.1. ITALIA: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA (1947)

Artículo 2

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

Artículo 41

Será libre la iniciativa económica privada.

No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales.

4.6.2.- ESPAÑA: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

“Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

4.6.3.- ALEMANIA: CONSTITUCIÓN DE ALEMANIA DE 1949.

“Artículo 1.0.

1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

“Artículo 2.0.

1. Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz).

2. Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley”.

“Artículo 146 (Modificado 31/08/1990)

La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán”.

4.6.4. APRECIACIÓN DEL AUTOR SOBRE LA REGULACION CONSTITUCIONAL EUROPEA.

El derecho comparado constitucional europeo, es doctrinariamente prolijo a nivel de los países de civilización occidental. Tienen normas que tutelan la dignidad humana, y a partir de dicho concepto entienden la libertad como un valor general valido para todo el ordenamiento jurídico. No obstante, consagran también normas legales que otorgando libertades, son conscientes que para lograr mayor tutelar, es necesario establecen causales que -en ocasiones- limiten la libertad.

CAPITULO V

DERECHO POSITIVO INTERNACIONAL. CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES, RESPECTO AL MANDATO Y PODER

5.1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA AL ORDEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.

En el siglo XVI el Monarca Absoluto triunfa sobre los señores feudales y logra imponer su mandato constituyendo propiamente el Estado Moderno, y dentro de este contexto histórico el creador teórico del Estado Moderno, el francés Jean Bodin (1530-1596), asimila dicho concepto de soberanía a la Teoría Política. Con las ideas de los lus Naturalistas Racionalistas, la soberanía se traslada de manos del Monarca al Pueblo, a la ciudadanía, y desde entonces a la actualidad se habla del “Pueblo Soberano” (J.J Rousseau). Con las corrientes representativas, la democracia es un juego en que la soberanía pasa a ser ejercida por los gobernantes en base al mandato que los gobernados otorgan a los gobernantes. Y se da en considerar que la soberanía reside en los tres grandes órganos de poder del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por las consideraciones expuestas la Soberanía supone Estados más o menos autárquicos, que logran fijar su normativa y ejercer su gobierno, su poder regidos por leyes, a pueblos dentro de ámbitos territoriales perfectamente delimitados.

Los especialistas de la Teoría del Estado, señalan que el Estado Moderno, se encuentra estructurado por: 1) Territorio, 2) Población, y 3) Poder (Soberanía, capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía, Indivisibilidad del Poder).

Uno de los especialistas más coherentes, el celebre jurista alemán Georg JELLINEK, al respecto precisa las ideas, y sostiene con respecto al territorio, que:

“La Tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado, puede desenvolver su actividad específica (...) La tierra se denomina: territorio”. Además, más adelante señala: “La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa ... se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el

territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado”¹

Concebido así, el territorio constituye un supuesto necesario del ejercicio del poder del Estado sobre sus ciudadanos, y de extranjeros que vivan en territorio patrio. El territorio es realidad física, y jurídica, por lo mismo fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad. Ello, implica calidades específicas del territorio, para poder funcionar, que el mismo Georg JELLINEK, se encarga de precisar:

“En virtud de la unidad e indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos e indivisibles”²

Por otro lado, con respecto al segundo elemento del Estado, la población que pertenece a un Estado, debemos decir que forman en su totalidad la población del mismo, y tiene en el Estado una doble función, Georg JELLINEK así explica:

“De un lado, es un elemento de la asociación (...) pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto”³

Desde Rousseau, se asignaba a todo hombre doble cualidad, ser Citoyen, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser Sujet, sometido a aquella voluntad. Asimismo, toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, y aquí viene el tercer elemento del Estado, el Poder que tiene a la soberanía como característica sustancial, y Georg JELLINEK concibe con las ideas siguientes:

“La soberanía (...) significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado, es (...) el poder supremo e independiente”⁴

Constituyendo además característica sustantiva del Estado Moderno, la nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo, y este poder no puede derivarse de ningún otro, sino que tiene que proceder de sí mismo. Y el poder del Estado se tangibiliza, por medio de la existencia de un órgano independiente que provea a las exigencias de este poder. Entonces es necesaria la existencia de una organización propia y de una división del poder unida a esta organización.

¹ JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 295.

² JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 301.

³ JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 304.

⁴ JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 356.

“El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; (...) Consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder (...) Poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas (...) La soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución (...) No hay soberanía dividida, fragmentaria, disminuida, limitada, relativa”⁵

Montesquieu transforma la concepción inglesa en la doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que se mantienen.

En todo Estado, existen necesariamente órganos de poder. El órgano representa al Estado, pero sólo dentro de una competencia. El Estado sólo puede existir mediante sus órganos. Y el órgano no tiene derecho alguno, solo competencia política, y los individuos tienen derecho a ocupar lugar de órgano, siendo que el órgano tiene siempre como titular a un individuo.

El Poder, tiene direcciones fundamentales, y son las Funciones legislativa, ejecutiva, y judicial. Por el influjo de Rousseau, la Revolución francesa aceptó la doctrina de Montesquieu, con la modificación importante de que el poder legislativo sea el poder supremo. Las funciones legislativas, judiciales, y ejecutivas, en principio estaban materializadas en respectivos órganos, sin embargo en la práctica cada órgano del Estado desempeñaba las tres funciones, Georg JELLINEK recuerda que:

“El Poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, (...) puede hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes (...), aun en los países en donde está reconocida la separación de los poderes, no es posible realizarla de una manera completa (...) En los Estados Unidos, (...) el Congreso declara la guerra, y el Senado está encargado de aprobar actos administrativos de presidente (ratificación de Tratados internacionales, nombramiento de funcionarios), juzga de los delitos contra el Estado y reúne en sí, por tanto las tres funciones (.) Los jueces tienen además, en virtud de la facultad que les confiere las leyes, el derecho de interpretar la constitucionalidad de éstas, lo cual equivale a ejercer una actividad legislativa”⁶

Las tres funciones materiales del Estado: legislación, jurisdicción y administración (ejecución que realiza la Administración Pública), se encuentran establecidas con claridad, el jurista alemán Georg JELLINEK explica:

“La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas o dentro de los límites de ésta”⁷

⁵ JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 373

⁶ JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. pp. 460-461.

⁷ JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. pp. 462.

En estos términos explicados, la modernidad se consolida en el siglo XIX, en efecto a partir del siglo XIX se habla de “Estado de Derecho”, categoría conquistada para el Derecho por los Neo-Kantianos de Izquierda de la Escuela de Marburgo (Alemania), específicamente por Herman COHEN (1842-1918): “System der Philosophie” (Berlin 1921. Tomo II). Cohen sostenía que el Estado de Poder (der Machtsstaat) puede transformarse en Estado de Derecho (der Rechtsstaat), pero sólo a partir del momento en que cese de estar a disposición exclusiva de los particulares intereses de clase.

Siguiendo la línea de Cohen, posteriormente el gran jurista Hans Kelsen, encumbrará la categoría: “Estado de Derecho”, colocándole de esta manera en el sitio que le corresponde en la civilización moderna. El Estado de Derecho, entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, fundamentado a partir de la Constitución -a la vez, cumbre y base de todo sistema jurídico moderno-. Sustentado en la pirámide legislativa kelseniana, principio consagrado en todas las Constituciones rígidas del mundo a partir de la tercera decana del siglo XX.

Por otro lado, uno de los referentes históricos de la Modernidad: Montesquieu (Francia 1689-1755) refiere que en su época las controversias se arreglaban en batallas, aquí los jueces eran árbitros, los tribunales especies de encuentros pugilísticos regulados. La conformación del sistema de justicia, la función del juez, y sus atributos son productos históricos, conseguidos en función de la construcción del Estado y Derecho moderno. Este proceso duró varios siglos y no fue lineal en todos los países. La justicia moderna en un primer momento se sustentaba, no en desarrollar capacidades de declarar el derecho aplicable al caso, tal como se pretende con el Derecho Moderno actual, sino en organizar y controlar la disputa e impedir el desorden público y la violencia privada. Este modelo de Administración de Justicia, se despliega a principios del siglo XVIII, con el Principio de la independencia judicial, como un elemento central de la aplicación de la supremacía legal, incluso por encima de todo poder, aún el Legislativo, en un primer momento consagrado en el Act of Settlement 1701, donde aparecen los jueces permanentes en sus cargos siempre que mantengan compostura, y solo pueden ser destituidos por el Parlamento, a través del procedimiento del Impeachment. La Revolución Francesa introduce un enfoque sistemático moderno a la magistratura como aparato. La aplicación del derecho romano reformado fue una de las características que asumió. En Francia, la Revolución aportó la construcción de un modelo que alude a la necesidad de contar con un juez profesional dentro de un régimen de carrera, que requiere promociones y pertenencia a un cuerpo permanente de funcionarios. Consecuencia de la eliminación de la comercialización y herencia de los cargos existente en el antiguo régimen.

También establece la obligación de fundamentar las sentencias, la abolición de jurisdicciones privilegiadas y la inamovilidad en los puestos. De esta forma, el juez-funcionario es un jurista, un profesional que debe tener formación universitaria calificada, seleccionado según criterios de excelencia e insertado en una estructura jerárquica donde aspira a ser promovido.

El Estado detenta el monopolio de la Administración de Justicia, la ejerce en un sistema de heterocomposición, esto es imponiendo la decisión del Juez, decisión basada en la Constitución y las Leyes, que define el conflicto de intereses, o incertidumbre entre los sujetos cuyas relaciones, se perjudicaron por el incumplimiento de prestaciones, por las agresiones antijurídicas de otros sujetos, o por las arbitrariedades del que ejerce el poder.

El Estado también monopoliza la Administración de Justicia, por Control Social, para proscribir la violencia privada. La justicia entendida como "Administrar Justicia", es un concepto que debe ser precisado. La Administración de Justicia cuando resuelve, se expresa a través de actos jurisdiccionales. La característica fundamental de la Jurisdicción es que no tiene ningún interés directo o indirecto, en los casos que resuelve. Entendemos la Administración de Justicia, con estas precisiones establecidas, esto es una tarea reservada por el Estado Moderno al Poder Judicial, un Poder del Estado, con fin político de brindar el servicio de justicia a la ciudadanía a través de la función jurisdiccional, a través del "jus imperium" para imponer sus decisiones. El Poder Judicial actúa como órgano político que motoriza la jurisdicción frente al derecho de los miembros de la sociedad a la tutela jurisdiccional efectiva, que deberá brindarse mediante el debido proceso.

El Constitucionalismo de la post guerra, aparece con nuevos bríos, contribuyen en ello el fortalecimiento del Estado de derecho y el desarrollo del sistema de garantías constitucionales, permiten asegurar la vigencia del principio de supremacía constitucional, sirve para otorgar un mayor peso a quien puede equilibrar las posiciones dentro del Estado: El juez.

El mundo observa y participa de una creciente interrelación entre los Estados, son procesos de creciente dependencia de los Estados entre sí y ello plantea la necesidad de una revisión del concepto clásico de soberanía, y también de los demás elementos del Estado Moderno, asimismo de las técnicas adecuadas de regulación jurídica. Un

Estado puede y debe imponer su ley a sus ciudadanos, lo hace en el campo de las relaciones económicas fundamentalmente a través del Código Civil, sin embargo cuando estos establecen relaciones económicas con el exterior no puede imponer su misma ley.

El Estado moderno unificó el Derecho, contraponiéndose al desorden de las costumbres, un proceso que condujo al Estado de Derecho a limitar su propio poder, sometiéndose a la Ley. Posteriormente el Derecho coparía progresivamente la sociedad, al individuo, y culminaría con envolver al Estado. Se trataba de otra forma de evolución moderna, basado en que el Derecho unificado permite una sociedad democrática, y un Estado civilizado, el Estado de Derecho se imponía al Estado de Poder, la Ley a los criterios arbitrarios de los gobernantes.

En el Perú, en desde inicios de la Republica la figura del Juez se encontraba disminuida, sólo en la segunda mitad del siglo XX se efectuó una revalorización del juez y su función en el Estado. A ello, hay que mencionar el triste papel que cumplió otra vez el Poder Judicial durante la dictadura militar y que mereció una dedicación memorable durante los debates de la Asamblea Constituyente, y que motivo para implementar el Tribunal de Garantías Constitucionales, que surgió, entre otras razones, por la desconfianza en el Poder Judicial para la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales. La Constitución peruana de 1979, entonces, no fue sino un producto de este nuevo enfoque que la de 1993 no pudo contradecir, a pesar de los intentos de generar un instrumento constitucional autoritario o semántico. En Derecho Comparado, después de la segunda mitad del siglo XX, el constitucionalismo se revalora, el Código Civil centro de la regulación jurídica deja de tener la importancia que tenía hasta entonces, ocupando dicho espacio la Constitución, en la Carta de 1979 se desarrollara un nuevo enfoque de la función del juez.

Si vemos desde el paradigma moderno la historia del Estado y Derecho peruano, es necesario ver un Poder Judicial, en equilibrio de sus pares: Legislativo, y Ejecutivo. Las críticas, se perfilan en ese sentido, se ha dicho que el órgano judicial ha sido débil, y corrupto, incapaz de tutelar frente al Estado, los derechos fundamentales, siempre avasallado en sus fueros por los otros dos órganos del Estado. Ninguno de los críticos del órgano judicial, ha hecho esfuerzo por entender el despliegue de nuestra historia, de escasa presencia civil en un primer momento en el poder, y de profundo autoritarismo legitimado por las armas.

5.2.- PODER JURISDICCIONAL, ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL, Y NORMAS INTERNACIONALES.

Estado Moderno consagró el principio de la indivisibilidad del poder, que Montesquieu concebía en la doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente. El poder del Estado se exterioriza mediante la existencia de un órgano independiente que provea a las exigencias de este poder. En atención a ello el Poder, tiene direcciones fundamentales, y son las Funciones legislativa, ejecutiva, y judicial. En atención a la idea de Orden de la Civilización Moderna, el Poder Judicial, a través de su órgano respectivo, debería cumplir con la Función Judicial.

Hogaño como se traducen este paradigma?. Verificamos la presencia de un Congreso (Poder Legislativo), Ejecutivo, y Poder Judicial, a quien se le reserva la Administración de Justicia. Sin embargo, constatamos que no sólo el Legislativo (Formaliza Denuncia Penal, en cuyo caso la participación del Ministerio Público y del Juez Penal, es puramente formal), y Ejecutivo (Controla el Sistema de Conciliación y Notariado, quienes ejercen función jurisdiccional), tienen función jurisdiccional, sino que además surge un proceso de '*Desjudicialización*' de la Resolución de conflictos jurídicos, e incertidumbres de derecho. En efecto, el propio Constituyente de 1993, estableció todo un Sistema de '*Desjudicialización*', encaminados a despojar de naturaleza judicial a determinados asuntos que pueden perfectamente ser de conocimiento de otra clase de funcionarios. Enfocados como mecanismos alternativos de resolución de conflictos comprenden cuatro figuras básicas: Negociación, Mediación, Conciliación, y Arbitraje. La Constitución, reconoce explícitamente la última 'jurisdicción arbitral' (artículo 139 Numeral 1, 2 párrafo.), aún cuando los laudos arbitrales se han susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial. El constituyente, le rodea de una manto protector especial mediante una norma expresa que faculta al Estado y a las demás personas de Derecho Público a someter las desavenencias surgidas de la celebración o ejecución de contratos 'a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo dispone la ley' (artículo 63, párrafo 3). Además, normas dispersas del texto constitucional acogen, de modo implícito, las otras figuras alternativas. La justicia de paz (artículos 149 y 152) supone la asunción de tramitar y resolver las controversias, haciendo uso de mecanismos de Negociación, Mediación, y Conciliación. En Derecho laboral, el Estado fomenta la negociación colectiva y la promoción de 'formas de solución pacífica de los conflictos laborales' (artículo 28 Numeral 2), acoge Negociación, además acepta tácitamente. Mediación y la Conciliación. Asimismo comprendido como parte del proceso de '*Desjudicialización*', está el importante desarrollo normativo.

1.- Registrador Publico, del Registro Fiscal de Ventas a Plazo, por Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos para Lima, Callao y Balnearios, LEY N° 6565 (12-03-1929), se encontraba facultado para ejecutar la garantía, potestad reservada sólo a los Jueces. Norma en la actualidad derogada, por la Ley de Garantías Mobiliaria (28677, 24/02/2006).

2.- Notario.- Por Ley N° 26662, Ley de Competencia notarial en asuntos no contenciosos” (22/09/1996), tiene potestad para conocer casos de: Rectificación de Partidas, Adopción de Personas Capaces, Patrimonio Familiar, Inventarios, Comprobación de Testamentos y Sucesión Intestada. Esta Ley, ha sido ampliada por la Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones, Ley N° 27333 (30/07/2000); además por la Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, Ley N° 27157 (20/07/1999); y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-2000-MTC (16/02/2000); y el Reglamentos Internos Modelos para Regímenes de Unidades Inmobiliarias con Secciones de Propiedad Exclusiva y Áreas de Propiedad Común y con Secciones Independizadas y Áreas Comunes en Propiedad, RESOLUCION VICEMINISTERIAL N° 004-2000-MTC-15.04 (29/09/2000).

3.- Funcionario de la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH es el encargado de tramitar las solicitudes de Adopción de niños o de adolescentes, de conformidad con el Artículo 119 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 (07/08/ 2000), se regula el ‘procedimiento administrativo de adopciones’ de niños y adolescentes, previendo un ‘proceso judicial’ únicamente como excepción. No hace sino, mantener la regulación de su predecesor el Decreto Ley N° 26102 (29/12/1992).

4.- Fiscal de Familia.- Sobre Protección de las Personas frente a la Violencia Familiar - Ley N° 26260 (24/12/1993), según Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS (27/06/1997), y modificaciones en la Ley N° 27306 (15/07/2000), confieren funciones de resolución de los conflictos suscitados en torno de esta problemática a los miembros del Ministerio Público (Fiscales gozan de potestad conciliatoria, Artículo 11 TUO de la Ley N° 26260).

5.- Fiscal Penal.- Por el Principio de Oportunidad, Artículo 2 del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 638: 27/04/1991, y el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad Resolución del Consejo Transitorio Del Ministerio Publico N° 200-2001-CT-MP., del 20/04/2001, en 18 Artículos, y normas Complementarias,

Transitorias, y Final; faculta potestades jurisdiccionales e los Fiscales en asuntos penales, para resolver vía la Conciliación.

El legislador sustrae de sede jurisdiccional asuntos mediante la atribución de potestades resolutorias a instituciones y funcionarios desprovistos de jurisdicción. Asimismo, se ha venido desarrollando labor decisoria de conflictos en instituciones administrativas tales como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y entidades reguladoras de prestación de servicios públicos: Telefonía OSIPTEL, Agua SUNASS, y Electricidad OSINERG.

Sumado a esto se encuentra el fenómeno, por el cual los Estados son capturados en la red de los poderes públicos ultraestatales, constituida por ellos mismos. El fenómeno más evidente son las organizaciones intergubernativas, mundiales, y regionales. Al respecto, el jurista italiano, Sabino CASSESE, dice:

“Eran 123 en 1951, 280 en 1972, 395 en 1984. Con injerencia en las materias más diversas, desde el transporte aéreo a la conservación de la fauna, desde la policía a las aduanas, y a los materiales peligrosos (...) El global governance va más allá de los organismos intergubernativos, desarrollados lentamente en la primera mitad del siglo XX y más velozmente en su segunda mitad, que ahora han alcanzado masa crítica ... Y están en competencia con los Estados, ya que los atrapan en una red muy estrecha. Existen los poderes públicos in nuce (...) constituidos por (...) los jefes de Estado o de gobierno de los siete países más industrializados. Existen organizaciones internacionales que no responden al modelo Drummond, como el Club de París. Existen (...) cortes internacionales: jurisdiccionales penales (ad hoc, instituidas en 1993 y en 1994, o generales, como la Corte Penal Internacional), el órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal sobre el Derecho del Mar”⁸

5.3.- CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

La característica más interesante, es que el hecho que no exista monopolio del poder estatal, no existe omnipresencia del Estado Moderno, no hay un solo sujeto en el escenario social, no hay un global government, aunque exista un global governance. Provoca un aumento del número de los productores de derecho, y de personas con potestad jurisdiccional. Resultado la pérdida de completud, de sistematicidad y de unidad del organismo jurídico, a favor de la informalidad y del desarrollo de zonas grises. Sabino CASSESE, se pronuncia al respecto:

“En la segunda mitad del siglo XX se producen dos cambios, (...) cuantitativo (...) cualitativo. El primero (...) crecimiento del número de los poderes públicos internacionales. Este es cuadruplicado en los años setenta, aumentando después (...) a ritmo sostenido (...) Segundo (...) tareas de los poderes públicos internacionales (...) Aquellos que conservan el sello convencional del Derecho Internacional dominado por los Estado y que constituyen (...) fórum de debate, negociación y acuerdo, se han unido organismos con tareas propias y poderes de regulación. Por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio tiene un poder

⁸ CASSESE, Sabino. “La Crisis del Estado”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2003. pp. 74-75.

regulatorio en relación con derechos aduaneros, la industria y servicios, la propiedad industrial y los contratos de la administración pública (...) a estos cambios se agrega otro, (...) el vaciamiento de los Estados, que ceden sus poderes al mercado”⁹

El Estado de Derecho, ha sido rebasado por la realidad, en cuanto al función jurisdiccional, observamos que la llamada Administración de Justicia, conoce de nuevos inquilinos que conforman un panorama complicado, no sólo por causas endógena sino también exógenamente, de esa manera se comprueba que las Funciones Jurisdiccionales del Poder Judicial ha variado enormemente. En el paradigma tradicional del funcionamiento de la Administración de Justicia, los ciudadanos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico exclusivo, y excluyente, las personas no podían elegir qué Administración de Justicia resolvería sus conflictos, el ordenamiento era un dato y en el centro se encontraba el Estado, y en esta posición de superioridad institucional, la ley aseguraba la medida y el control del poder público y circunscribía sus competencias. La acción estatal estaba rígidamente planificada por la ley, que establecía derechos y deberes para el orden público. Es el modelo del poder legal, racional, previsible, medible y controlable. Las esferas públicas y privadas, estaban determinadas y permanecían estables no había convergencia sino contraposición. Este panorama estableció una jerarquía normativa: La Pirámide de Kelsen, es decir hay una organización vertical.

Principalmente el jurista italiano Sabino CASSESE, enseña que hogaño se verifica grandes cambios de estos paradigmas. ¿Cuáles? Los siguientes:

Primero: Se registra el pasaje de una estructura ordenada desde lo alto a un esquema de auto ordenación, el ordenamiento jurídico, que era un dato, se transforma en una elección, del lado de la “demanda del derecho”, el operador puede realizar una elección, expresando un juicio sobre ‘la oferta del derecho’ y ‘adquiriendo’ el más conveniente. La elección es admitida para la búsqueda de la mejor tutela de Derechos, puestos en competencia.

Segundo: El Paradigma de la Elección o ‘mercantilización’ (como dice Sabino CASSESE) de las instituciones desmiente el paradigma tradicional por el cual la Administración de Justicia emanada del Poder Judicial se imponen a los particulares, decimos que hay un proceso de Democratización del Derecho, se admite la elección de los ‘consumidores’ de Derecho y de Instituciones que han de Administración de Justicia.

Tercero: El Monismo Estatal, que aparece como una organización compacta se sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provisto de normas de conflicto y reglas, que deciden qué normas aplicar al caso concreto. No es

⁹ CASSESE, Sabino. “La Crisis del Estado”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2003. pp. 82-83.

monopólico la función de producir derecho, resultado de la pérdida de completud, de sistematicidad y de unidad de los organismos jurídicos, y ello redundará a favor de cierta informalidad y de desarrollo de zonas grises, hay órganos internos especializados que establecen relaciones con los órganos similares de otros Estados, superando y rompiendo el paradigma la unidad del poder del estado.

Cuarto: El policentrismo, y los consecuentes conflictos salen del Estado, salen hacia un escenario público más amplio. En el centro no está más el Estado, sino las diversas formas de integración, que se abstienen de disponer sobre cada hecho particular o deja la tarea a las leyes estatales.

Quinto: La libertad de formas propia del derecho privado, se extiende al proceso. La secuencia procedimental se adapta a la necesidad del acuerdo. Si en el modelo tradicional estaba decidido, determinado en forma secuencial (el procedimiento) y de ponderación (la discrecionalidad de la decisión), hoy la resolución de conflictos se dan de manera distintas. No es el procedimiento el que modula la negociación, sino la negociación plasma el procedimiento. Pasan a primer plano la negociación en lugar del procedimiento, la libertad de forma en lugar de la tipicidad.

Sexto: Las relaciones entre lo público y lo privado, no son sólo bipolares, sino son multipolares, un operador nacional puede moverse en conjunción con una administración supranacional y en oposición a la propia administración nacional y a otro operador del propio país.

Séptimo: Se percibe una División internacional de la actividad administrativa, con "La 'Positive comity' ("Cortesía positiva" es una forma de cooperación que mejora la eficacia y la eficiencia de la aplicación de la legislación sobre competencia en los casos internacionales, This co-operation involves a requested country's conducting a law enforcement proceeding into conduct in its territory that is allegedly harming the interests of some other country. esta cooperación implica a un país que solicitó la realización de un procedimiento de aplicación de la ley sobre la conducta en su territorio que supuestamente se está perjudicando los intereses de algún otro país), el derecho y la administración de un Estado son utilizados por iniciativa y en el interés de otro Estado. La autoridad pública de un Estado activa un procedimiento administrativo de otro ordenamiento estatal, convirtiéndose no sólo en el iniciador, sino también en el interlocutor necesario.

Octavo: La unidad del gobierno, es sustituida por una fragmentación de los cuerpos públicos que intervienen con injerencia en la economía, con presencia de organismo reguladores, en muchas áreas con reglas internacionales inexorables. Los Estados han descubierto nuevas tareas, entre las cuales la principal es la de ser market builders (Constructores de Mercado): por un lado, hay sectores de la economía que deben su

desarrollo al Estado (tecnología avanzada, espacio y defensa, biomédica), por otro lado se crean nuevos organismos independientes, para regular sectores en los cuales anteriormente la presencia estatal era episódica o mal organizada (telecomunicaciones, bolsa, mercados financieros, petróleo, energía eléctrica, agua).

El rol dominante del Estado en la construcción de los mercados en los diversos sectores, pero no en la gestión de empresas en tales mercados, reguladores y regulados, 'juegan' con las reglas

El Estado ha perdido la Soberanía, y sobre todo la económica, si bien continúa desarrollando un rol importante en la economía. Las finanzas, se han desterritorializado, existiendo áreas del mundo en las cuales se concentran transacciones financieras que conciernen a todas las demás áreas, perdiendo todo anclaje nacional:

"la city de Londres se propone ya como una suerte de off-shore center. Se ha escindido de los sucesos de la economía británica'. Londres (...) Plaza financiera (...) no es sólo del Reino Unido (...) Si antes la economía debía tener en cuenta al Estado, ahora es el Estado el que debe tener en cuenta a la economía"¹⁰

A nivel internacional más que la institución de nuevos órganos con facultades jurisdiccionales, resulta dramático la explosión de litigación frente a los jueces, que ha producido el intervencionismo económico del orden judicial, el desarrollo de un proceso económico (procés économique), y de una justicia económica (juge économiste).

Que el Estado soberano controla el poder, y que reconozca sólo instituciones iguales (esto es, otros Estados). Es cierto hoy sólo en parte.

"Los Estados son capturados en la red de los poderes públicos ultraestatales, constituida por ellos mismos. El fenómeno más evidente (...). Las organizaciones intergubernativas mundiales y regionales. Eran 123 en 1951, 280 en 1972, 395 en 1984. Con injerencia en las materias más diversas, desde el transporte aéreo a la conservación de la fauna, desde la policía a las aduanas, y a los materiales peligrosos (...) El global governance va más allá de los organismos intergubernativos, desarrollados lentamente en la primera mitad del siglo XX y más velozmente en su segunda mitad, que ahora han alcanzado masa crítica (...) Y están en competencia con los Estados, ya que los atrapan en una red muy estrecha. Existen los poderes públicos in nuce (...) constituidos por (...) los jefes de Estado o de gobierno de los siete (...) países más industrializados. Existen organizaciones internacionales que no responden al modelo Drummond, como el Club de París. Existen cortes internacionales: jurisdiccionales penales (ad hoc, instituidas en 1993 y en 1994, o generales, como la Corte Penal Internacional), el órgano de solución

¹⁰ CASSESE, Sabino. "La Crisis del Estado". Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2003. p. 34.

de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal sobre el Derecho del Mar”¹¹

No podemos ignorar la presencia de Grandes Comunidades, o Mercados Comunes Continentales, luego de la Unión Europea (1975), vinieron el Mercado común centroamericano (1960), la Asociación de los países del Sudeste asiático (1967), la Comunidad económica de los países del Caribe (1973), Maghreb (1989), Mercosur (1991), NAFTA (1994).

“Hasta hoy, se conoce seis especies distintas de integración regional. A primera es la de las asociaciones de Estado como forum de cooperación. Estas aseguran la cooperación en las políticas económicas y comerciales, en las inversiones, y en las políticas de la competencia. Son formas de regionalismo abierto (...) Ejemplo son la OCSE, que comprende también los países europeos, el APEC, por los países del Pacífico y la ASEM por la Unión Europea y los países asiáticos (...) La segunda forma de integración regional es la constituida por los acuerdos de preferencia no recíproca, consistentes en concesiones unilaterales de ventajas a los países exportadores, sin que los países importadores tengan ventajas equivalentes. Tal tratamiento es dado por la Unión Europea a los países del Mediterráneo y de Europa Central (...) La Tercera Zonas de libre intercambio, fundadas sobre la reciprocidad de la caída de las barreras aduaneras progresiva y limitada a los productos y sólo a las barreras tarifarias. Ejemplo ASEAN para los países del sudeste asiático (...) La Cuarta, Las Uniones Aduaneras, zonas de libre intercambio que incluye algunos aspectos de la política comercial, con tarifa externa común para las importaciones y reparten los ingresos aduaneros según criterios preestablecidos. Grupo Andino (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela) y la SADC (South African Development Community) (...) La Quinta (...) es la del Mercado Común, unión aduanera que comprende además la de los factores de producción (Capital y trabajo) (...) La última es la (...) Unión, (...) caso de la Unión Europea, (...) Integración de la política económica y monetaria. (...) Estas formas de cooperación regional han ido multiplicándose y profundizando. Todas comportan un mínimo de organización ... sólo algunas dan lugar a organizaciones compuestas (...) NAFTA (North Atlantic Free Trade Agreement) que une Estados Unidos, Canadá y México. (...) El acuerdo institutivo, firmado en 1992, ha entrado en vigor en 1994. Prevé la eliminación de las barreras a los intercambios en 10 a 15 años. Dicta normas comunes sobre servicios, inversiones, ambientes, problemas sociales (...) El Mercosur (...) une Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (teniendo como asociados a Chile y Bolivia). Acuerdo firmado en 1991 y ha instituido desde 1999 un mercado común, con libre circulación de bienes, servicios, capitales, y trabajo, abolición de las tarifas internas y (...) externas, coordinación de las políticas en algunos sectores. La organización responde a una lógica confederal y tiene una estructura intergubernativa (...) Sin órgano de Justicia propio) (...) La organización compuesta más desarrollada es la Unión Europea, compuesta por 15 Estados, instituida en 1957, fundada sobre la circulación de bienes, servicios, trabajo y capitales, normas comunitarias sobre competencia y políticas comunes que incluye la defensa, los negocios externos, (...) justicia, ordenada en Parlamento, Consejo, Comisión y Corte de Justicia”¹²

¹¹ CASSESE, Sabino. Ob. Cit. pp. 74-75.

¹² CASSESE, Sabino. Ob. Cit. pp. 95-97.

5.4.- PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES QUE REGULAN EL MANDATO Y EL PODER.

De las muchas normas internacionales es pertinente transcribir las relacionadas a la OEA.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RÉGIMEN LEGAL DE PODERES PARA SER UTILIZADOS EN EL EXTRANJERO (PANAMÁ: 30 de enero de 1975)

Artículo 1

Los poderes debidamente otorgados en uno de los Estados Partes en esta Convención serán válidos en cualquiera de los otros, si cumplen con las reglas establecidas en la Convención.

Artículo 2

Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley.

Artículo 3

Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la presente Convención.

Artículo 4

Los requisitos de publicidad del poder se someten a la ley del Estado en que éste se ejerce.

Artículo 5

Los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde éste se ejerce.

Artículo 6

En todos los poderes el funcionario que los legaliza deberá certificar o dar fe si tuviere facultades para ello, sobre lo siguiente:

- a. La identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil;
- b. El derecho que el otorgante tuviere para conferir poder en representación de otra persona física o
- c. La existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se otorgare el poder;

d. La representación de la persona moral o jurídica, así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder.

Artículo 7

Si en el Estado del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe sobre los puntos señalados en el artículo 6, deberán observarse las siguientes formalidades:

- a. El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad sobre lo dispuesto en la letra a) del artículo 6;
- b. Se agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas con respecto a los puntos señalados en las letras b), c) y d) del mismo artículo;
- c. La firma del otorgante deberá ser autenticada;
- d. Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento.

Artículo 8

Los poderes deberán ser legalizados cuando así lo exigiere la ley del lugar de su ejercicio.

Artículo 9

Se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio los poderes otorgados en idioma distinto.

Artículo 10

Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de poderes hubieran sido suscritas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes; en particular el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940, o las prácticas más favorables que los Estados Partes pudieran observar en la materia.

Artículo 11

No es necesario para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación. Esta resultará de su ejercicio.

Artículo 12

El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un poder cuando éste sea manifiestamente contrario a su orden público.

Artículo 13

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 14

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 15

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 17

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 18

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 19

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha Secretaría notificará a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el artículo 17 de la presente Convención.

B-38: CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE REGIMEN LEGAL DE PODERES PARA SER UTILIZADOS EN EL EXTRANJERO (PANAMA FECHA: 01/30/75)

EN VIGOR: 01/16/76 CONFORME AL ARTÍCULO 16 DE LA CONVENCION DEPOSITARIO: SECRETARIA GENERAL OEA.

PAISES SIGNATARIOS: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. Perú, suscribió el 30 de enero de 1975.

México, Paraguay, Firmaron ad referendum. Argentina, y México, efectuaron Declaraciones interpretativas hechas al ratificar la Convención. La República Argentina interpreta que también la validez intrínseca del poder, se sujeta a la ley del Estado donde éste se ejerce; además la República Argentina interpreta, con relación al artículo sexto, que la expresión "funcionario que los legaliza", se refiere a aquel funcionario ante quien pasa o quien autoriza el documento. Los Estados Unidos Mexicanos interpretan el Artículo 5 de esta Convención Interamericana en el sentido de que se entenderá que el mandato ha sido extendido con toda la amplitud prevista por el Artículo 4 del Protocolo mencionado en el Artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero. En la generalidad de Leyes, Convenciones, Tratados, sino se encuentra específicamente regulado el mandato y poder, para otorgar estos actos, es necesario regular en las normas de tutela de la Autonomía de la Voluntad. Es preciso mencionar que está se invoca la autonomía de la voluntad, y es consagrado por los Principios de Unidroit (artículo 1.1), el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (2º), Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 1102). Además que en la Convención de Viena del año 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, consagra con fuerza la autonomía de la voluntad, reconociendo a las partes la facultad de excluir total o parcialmente la aplicación de su disposiciones o modificar sus efectos (artículo 6). La Convención Interamericana de México – Año 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, dispone que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes (artículo 7), y limitado por las leyes imperativas, faculta a los contratantes el dépeçage (desguace), consistente en la facultad de elegir total o parcialmente el derecho aplicable al mismo.

5.5. LA REPRESENTACIÓN EN LOS "PRINCIPIOS DE UNIDROIT" DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, Roma), que en el año 1994 había publicado, bajo la forma de articulado, una primera parte de los *Principios de los contratos comerciales internacionales*, en 2004 amplió el cubrimiento de la materia, en forma de abarcar, entre otros puntos, el de los *Poderes de los representantes* (Sección 2 del Capítulo 2). Estas son sus previsiones:

Artículo 2.2.1. Finalidad de esta sección. (1) Esta sección regula el poder de una persona (*el representante*) de alterar las relaciones de otra persona (*el principal*) en razón o respecto de un contrato con un tercero, sea que el representante obre en su propio nombre o en el del principal. (2) Regula solamente las relaciones entre el principal y el representante, de un lado, y el tercero del otro. (3) No regula el poder del representante conferido por la ley o el del representante designado por una autoridad pública o judicial.

Artículo 2.2.2. Otorgamiento y finalidad del poder del representante. (1) El otorgamiento del poder del principal al representante puede ser expreso o implícito. (2) El representante está facultado para ejecutar todos los actos necesarios dentro de las circunstancias, para alcanzar los propósitos para los cuales le fue otorgado.

Artículo 2.2.3. Representación abierta. (1) Cuando el representante obra dentro del marco de sus facultades y el tercero conoce o debe conocer que el representante actúa como tal, los actos del representante afectarán directamente las relaciones jurídicas entre el principal y el tercero, sin que se establezca ninguna relación jurídica entre el representante y el tercero. (2) Sin embargo, los actos del representante afectarán únicamente las relaciones entre él y el tercero, cuando el representante con el consentimiento del principal acepta vincularse como parte del contrato.

Artículo 2.2.4. Representación oculta. (1) Cuando el representante obra dentro del marco de sus facultades, pero el tercero no sabe ni tiene por qué saber que el representante actúa como tal, los actos del representante afectarán solamente las relaciones entre el agente y el tercero. (2) Sin embargo, cuando el representante al contratar con el tercero por un establecimiento se presenta como su propietario, el

tercero, al enterarse de quién es el propietario del establecimiento, también puede ejercer contra éste los derechos que tenía frente al representante.

Artículo 2.2.5. Representante que obra sin poder o excediendo el poder. (1)

Cuando un representante obra sin poder o excediendo el poder que tiene, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el principal y el tercero. (2) Sin embargo, cuando el comportamiento del principal induce al tercero a pensar que el representante tiene poder para actuar en nombre del principal Y que está obrando dentro de sus facultades, el principal no podrá invocar contra el tercero la carencia de poder del representante.

Artículo 2.2.6. Responsabilidad del agente que obra sin poder o excediendo el poder. (1)

El representante que obra sin poder o excediendo el que tiene, a falta de ratificación del principal, será responsable de los daños consistentes en la colocación del tercero en la misma posición en que se encontraría si el representante hubiera actuado con poder o sin exceso. (2) Empero, el representante no será responsable si el tercero supo o debió saber que él no tenía poder o estaba excediendo su poder.

Artículo 2.2.7. Conflicto de intereses. (1)

Si el contrato celebrado por el representante implica un conflicto de intereses con el principal, del que el tercero tuvo o debió tener conocimiento, el principal puede anular el contrato. (2) Con todo, el principal no podrá anular el contrato: a) Si el principal lo consintió, o supo o debió saber que el representante se encontraba en conflicto de intereses, o b) Si el representante reveló el conflicto al principal, quien no puso objeción dentro de un tiempo razonable.

Artículo 2.2.8. Sub-representación.

El representante está implícitamente facultado para designar a un sub-representante para la realización de actos que razonablemente el principal no ha de esperar que los ejecute él mismo. A la sub-representación se le aplican las reglas de esta sección.

Artículo 2.2.9. Ratificación. (1)

El acto del representante que obra sin representación o excediendo la que tiene, puede ser ratificado por el principal. La ratificación del acto produce los mismos efectos que la actuación adelantada con poder. (2) El tercero puede notificar al principal dándole un tiempo razonable para la ratificación. Si el principal no ratifica dentro de ese término, ya no podrá ratificar luego. (3) El tercero que al momento en que el representante actuaba, no sabía ni debía conocer su falta

de poder, puede, en cualquier momento, con anterioridad a la ratificación, notificar al principal manifestándole su rechazo a ser vinculado por medio de una ratificación

Artículo 2.2.10. Terminación de la representación. (1) La terminación del poder no es eficaz frente al tercero a menos que este la conozca o deba conocerla. (2) No obstante, la terminación del poder, el representante continúa facultado para realizar los actos necesarios para prevenir daño a los intereses del principal.

5.6. LA REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

El *Código europeo de los contratos*, elaborado por la Academia de Ius-privatistas Europeos, Pavia (G. GANDOLFI, coordinador), regula así la materia de la representación:

Artículo 60. Contrato celebrado por el representante. Tanto del contrato celebrado por medio de representante que obra dentro de los límites del poder y con tercero conocedor del poder de representación, como de las declaraciones unilaterales hechas por el representante o frente a él, todo si el tercero tenía conocimiento razonable de que el gestor contaba con poder para obrar en su nombre e interés, producen directamente sus efectos sobre el representado.

Artículo 61. Representación aparente. Cuando alguien ha obrado de manera de inducir al tercero a contratar, dejándolo creer razonablemente que se entiende con quien efectivamente tiene poder suyo para obrar en su nombre e interés, el contrato se considera celebrado entre el representado aparente y la contraparte.

Artículo 62. Otorgamiento del poder.

1. El poder de representación puede conferirse mediante una declaración escrita u oral dirigida al representante o al tercero con quien este ha de celebrar el contrato. En el primer caso, el tercero puede exigirle al representante que justifique sus poderes y si la representación se hubiere conferido por escrito, este debe entregarle una copia firmada por él. 2. El poder ha de ser otorgado observando la forma prescrita para el contrato que el representante ha de celebrar.

Artículo 63. *Revocación del poder.* 1. La declaración de revocación del poder no produce efectos si el representado estipuló expresamente la irrevocabilidad, sin perjuicio de la indemnización de los daños que el tercero haya sufrido por haber ignorado la irrevocabilidad, sin culpa de su parte. 2. Si la procura fue conferida también en interés del representante o de un tercero, no puede ser revocada sin el consentimiento 'del interesado, salvo un motivo valedero que justifique la revocación. 3. Revocado el poder o terminado por cualquier otro motivo, el representante ha de devolver al representado el documento por el cual se confirió. 4. Ni la revocación de los poderes de representación, ni la modificación de estos tienen efecto si no se las hace saber a los terceros con los que el representante ha entrado o puede entrar en contacto, O si no se aporta la prueba de que ellos las sabían a tiempo - la celebración del contrato. Las demás causas de extinción no son oponibles a terceros que las hayan ignorado sin culpa.

Artículo 64. *Representación sin poder.* Quien contrató como representante sin tener poderes, o excediendo los límites de los poderes que le fueron conferidos, es responsable del perjuicio que el tercero contratante haya sufrido al haber creído de buena fe que celebraba un contrato válido con el representante presunto, a menos que el tercero opte por considerar el contrato celebrado con el representante desprovisto de poderes. De 'no recurrir a la facultad de demandar la ejecución del contrato por parte del representante desprovisto de poderes, este debe la indemnización en función de la elección de la víctima del perjuicio, por el daño que habría evitado si el representante hubiera tenido el poder, o si no hubiera declarado falsamente tenerlo.

Artículo 65. *Ratificación.* El interesado puede asumir los efectos del contrato celebrado a su nombre por el representante sin poderes, dirigiendo al tercero una declaración de ratificación, que ha de ser expresada con las formalidades prescritas para la celebración del contrato mismo. La ratificación ha de hacerse dentro de un término razonable, y el tercero tiene la facultad de invitar al interesado a pronunciarse sobre la eventual ratificación, otorgándole un cierto término, a cuya expiración, en caso de silencio, se considerará rechazada la ratificación. La ratificación tiene efecto retroactivo, con reserva de los derechos de los terceros de buena fe. El poder de ratificación se transmite a los herederos.

Artículo 66. *Capacidad de los sujetos.* En la representación voluntaria, para la validez del contrato celebrado por el representante solamente se exige que las facultades mentales de este no se encuentren alteradas por razones patológicas, que,

por su parte, el representado tenga capacidad para contratar y, además, que en lo que respecta a él, no esté prohibida su celebración.

Artículo 67. Estados subjetivos. 1. El contrato celebrado por el representante es susceptible de anulación cuando la voluntad del representante adolece de un vicio. 2. En cuanto al estado de buena o mala fe, o de conocimiento o ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, se tendrá en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de elementos predeterminados por el representado. 3. En ningún caso el representado de mala fe podrá prevalerse del estado de ignorancia o de buena fe del representante. 4. Estas reglas y del precedente no se aplican a la persona encargada de ejercer una simple actividad de transmisión de la voluntad de otro.

Artículo 68. Contrato consigo mismo y conflicto de intereses. 1. Es anulable el contrato que el representante celebra consigo mismo, sea por su propia cuenta, sea como representante de otra parte contratante, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente o que el contenido del contrato se haya determinado de modo de excluir toda posibilidad de conflicto de intereses. 2. La anulación no puede ser impetrada sino por el representado. 3. Por iniciativa del representado, el contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado, si el tercero conocía o podía conocer el conflicto.

Artículo 69. Procuradores y colaboradores del empresario. 1. La persona encargada establemente de una empresa o de una rama de ella y en cuanto en esa condición establece contactos con terceros, se presume provista del poder de celebrar a nombre y por cuenta del empresario los contratos relativos a la actividad de la empresa que pueden estipular quienes ejercen una función análoga en la misma zona. 2. Los colaboradores de los sujetos mencionados, que establecen los contactos con los terceros se presumen provistos del poder de celebrar los contratos relativos a los bienes que ellos entregan directamente y de recibir su pago, a menos que en los locales en los que operan haya persona encargada de recibir los pagos. 3. En los casos aquí previstos, los terceros tienen derecho a exigir que el factor o sus colaboradores le suministren la prueba de sus poderes.

Artículo 70. Reserva de la designación y modalidades de la declaración. 1. Hasta el momento de la celebración del contrato, cualquiera de las partes puede reservarse la facultad de designar luego al sujeto que ha de adquirir los derechos y contraer las obligaciones surgidas del contrato. Dicha facultad está excluida de los contratos que

no se pueden celebrar por medio de representante y de aquellos para los cuales es obligatoria la identificación de las partes al momento de la estipulación. 2. La declaración de designación del sujeto que ha de sustituir al contratante debe hacerse mediante notificación a la contraparte dentro del término de ocho días contados desde la celebración del contrato, si las partes no han convenido un término diferente. 3. Dicha declaración no produce efecto si no está acompañada de la aceptación expresa de la persona designada o media un apoderamiento anterior a la celebración del contrato. 4. Si el contrato se celebró bajo una forma determinada, aun si no estaba prescrita por la ley, la declaración de designación de la persona que se sustituye, igual que la declaración de aceptación de parte de ella, y la procuración suya, no producirán efecto si no revisten la misma forma. 5. Si el derecho nacional del lugar donde se celebró o será ejecutado el contrato, prescribe determinada forma de publicidad, esta ha de adoptarse para los actos indicados en el inciso.

Artículo 71. Efectos de la declaración de designación y ausencia de declaración.

1. Si la declaración de designación del sujeto que se ha de sustituir se hizo válidamente, este adquiere a título exclusivo los derechos y contrae las obligaciones surgidas del contrato, con efecto a partir del momento en que se celebró el contrato. 2. Al sujeto que se sustituye y al contratante que lo designó se aplican las disposiciones del art. 67. 3. Si la declaración de designación del sujeto que ha de sustituirse no se hizo válidamente dentro del término fijado por la ley o por las partes, el contrato definitivamente producirá sus efectos entre los contratantes originarios.

5.7. LA REPRESENTACIÓN EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Dentro de los proyectos de armonización del derecho europeo de los contratos sobresale el denominado "*Principios de derecho europeo de los contratos*", producto de la comisión dirigida por OLE LANDO y HUGH BEALE, que publicó su resultado en 2003, y que ha merecido el apoyo del Parlamento europeo. Este es su texto en el

Capítulo 3: Poder de representación:

Artículo 3:101. Objeto del capítulo. (1) El presente capítulo regula el poder de los representantes en sentido amplio y de cualesquiera otros intermediarios, para obligar a su representado en los contratos celebrados con un tercero. (2) Este capítulo no regula el poder otorgado a un representante legal, ni el poder de un representado

designado por una autoridad pública o judicial. (3) El presente capítulo no regula las relaciones internas entre representante o intermediario y su representado.

Artículo 3:102. *Clases de representación.* (1) En los casos en que el representante actúe en nombre de su representado, se aplicarán las reglas sobre la representación directa. Es irrelevante que la identidad del representado se conozca en el momento mismo en que actúa el representante o que se vaya a conocer con posterioridad. (2) Cuando un intermediario actúa por cuenta y en representación de otro pero no en su nombre, o cuando el tercero ignora y no tiene motivos para saber que el intermediario está actuando como representante, se aplicarán las reglas de la representación indirecta.

Sección 2. Representación directa

Artículo 3:201. *Poder expreso, implícito y aparente.* (1) El representado puede otorgar al representante un poder expreso para actuar en su nombre, o puede resultar un poder implícito conforme a las circunstancias. (2) El representante tiene poder para llevar a cabo todos los actos que, de acuerdo con las circunstancias, sean necesarios para el cumplimiento de su encargo, (3) Se entenderá que una persona ha otorgado poder de representación a un representante aparente, cuando las circunstancias o la conducta de la primera permitan deducir razonable a terceros de buena fe que el representante aparente tenía poder para llevar a cabo un determinado acto.

Artículo 3:202. *Actuación del representante en el ejercicio de su poder.* Cuando un representante actúa dentro del marco de su poder conforme al art. 3:201, sus actos obligan directa y recíprocamente al representado y a los terceros. El representante no queda obligado para con los terceros.

Artículo 3:203. *Representado no identificado.* Cuando un representante celebre un acto en nombre de un representado cuya identidad deba revelarse con posterioridad y, tras el requerimiento del tercero, incumpla su deber de comunicar dicha identidad en un plazo razonable, quedará directamente obligado por el contrato.

Artículo 3:204. *Representante que actúa sin poder o extralimitándose en él.* (1) Cuando una persona actúa como representante sin tener poder de representación o extralimitándose en el ejercicio del mismo, sus actos no obligan al representado ni a los terceros. (2) Si el representado no ratifica la actuación del representante como prevé el art. 3:207, el representante responde del pago de los daños causados al

tercero hasta devolverle a la situación en que se encontraría si el representante hubiera actuado conforme a su poder de representación. Esta norma no se aplicará si el tercero sabía o no podía ignorar que el representante no tenía el poder correspondiente.

Artículo 3:205. *Conflicto de intereses.* (1) Si el contrato celebrado por un representante lo coloca ante un conflicto de intereses que el tercero conocía o no podía ignorar, el representado puede anular el contrato conforme a las disposiciones de los arts. 2:112 a 4:116. (2) Se presume que hay conflicto de intereses: a) Cuando el representado actuó simultáneamente como representante del tercero; o b) Cuando el representante celebró el contrato consigo mismo y en su propio nombre. (3) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato: a) Si consintió o no podía ignorar tal actuación del representante; o b) Si el representante le comunicó la existencia de un conflicto de intereses y el representado no se opuso a él en un tiempo razonable.

Artículo 3:206. *Sustitución en la representación.* El representante tiene el poder implícito de designar a un representante suyo que cumpla aquellas funciones que no sean de carácter estrictamente personal y aquellas otras en las que no parece razonable exigir un cumplimiento personal del propio representante. Las reglas de esta sección se aplican al sustituto del representante; los actos del sustituto del representante que entren en su esfera de poder y en la del representante que lo designó, obligan directamente al representado principal y a los terceros.

Artículo 3:207. *Ratificación por parte del representado.* (1) El representado puede ratificar los actos que haya llevado a cabo un representante sin poder o extralimitándose en él. (2) Luego de la ratificación, la actuación se da por autorizada, sin perjuicio de los derechos de cualesquiera otras personas.

Artículo 3:208. *Derechos de los terceros respecto de la confirmación del poder.* Cuando las declaraciones o la conducta del representado hayan dado al tercero motivos para creer que un acto llevado a cabo por el representante se encontraba autorizado, pero el tercero tenga dudas acerca de la existencia del poder, podrá enviar al representado una confirmación escrita o solicitar de él una ratificación de dicha actuación. Si el representado no se opone ni contesta de inmediato a la demanda de ratificación, la actuación del representante se dará por autorizada.

Artículo 3:209. Duración del poder. (l) El poder de un representante subsiste hasta que el tercero tenga noticia o hubiere debido saber que: El representante, el representado o ambos han revocado o renunciado a ese poder. a) Los actos para los que se otorgó el poder han concluido o se ha extinguido el plazo para el que se otorgó aquel. b) El representante resulta insolvente o, en caso de ser una persona física, fallece o resulta incapacitado. O (2) Para los fines del inciso (1) a) se entiende que el tercero tiene noticia de la extinción del poder del representante cuando se haya comunicado o hecho pública por las mismas vías por las que se comunicó o hizo público el otorgamiento del poder. (3) No obstante, durante un plazo razonable, el representante está autorizado para llevar a cabo cualquiera actuación necesaria para proteger los intereses del representante o de los herederos de éste.

Sección 3. Representación indirecta

Artículo 3:301. Intermediarios que no actúan a nombre del representado. (1) Un intermediario o un tercero quedan obligados entre sí, cuando el intermediario actúa: a) Por cuenta del representado y siguiendo sus instrucciones, pero no en su nombre, o b) Siguiendo instrucciones de su principal, pero sin que el tercero lo sepa o lo pueda saber. (2) El representado y el tercero quedan únicamente obligados cuando se den las condiciones previstas en los artículos 3:302 a 3:304.

Artículo 3:302. Insolvencia del intermediario o incumplimiento en su relación esencial con el representado principal. Si el intermediario deviene insolvente o incurre en un incumplimiento esencial para con el representado o si se advierte de manera evidente, con carácter previo a la fecha del incumplimiento, que se producirá un incumplimiento esencial, a) A requerimiento del representado, el intermediario deberá comunicar el nombre y la dirección del tercero, y b) El representado podrá reclamar al tercero los derechos que el intermediario hubiera adquirido por cuenta del representado, sin perjuicio de las excepciones que el tercero pueda oponer al intermediario.

Artículo 3:303. Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el tercero. Si el intermediario deviene insolvente o incurre en un incumplimiento esencial para con el tercero o si se advierte de manera evidente, con carácter previo a la fecha del cumplimiento, que se producirá un incumplimiento esencial, a) A requerimiento del tercero, el intermediario debe comunicar el nombre y la dirección del representado, y b) El tercero puede ejercer contra el representado los derechos que tenga contra el intermediario, sin perjuicio de las excepciones que el

intermediario pueda oponer al tercero y de las que pueda oponer el representante al intermediario.

Artículo 3:304. *Exigencia de comunicación.* Los derechos consagrados en los artículos 3:302 y 3:303 sólo pueden ejercerse si se comunica al intermediario Y al tercero o al representado, respectivamente, la intención de ejercerlos. Desde el momento en que se reciba la comunicación, el tercero o el representado ya no tienen derecho a efectuar prestación alguna al intermediario.

5.8.- JURISPRUDENCIA DE MANDATO Y PODER EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.-

En el Continente, la más importante institución de Administración de Justicia, son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El accionar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido sustancialmente en el proceso de consolidar la Democracia y el Estado Constitucional de Derecho en los 34 países americanos. Si bien es cierto que la Corte tiene competencia sobre 22 de los mencionados Estados, no menos cierto es que su influencia en cuanto a la tutela de los Derechos Humanos abarca toda la Región. Sin Derechos Humanos, no puede existir Estado de Derecho. Por cuanto el principal Derecho Humano es el Derecho a la Vida, y sin vida humana, ningún ordenamiento jurídico podría existir, así de simple y contundente. El Derecho es regulación de vida humana. Positivizado los Derechos Humanos, a nivel Constitucional aparecen como Derechos Fundamentales, que en la praxis cotidiana aparece como una realidad que hace tiempo se inscribe como una muestra más de la precariedad de las democracias de la región Americana. Más allá que formalmente textos constitucionales y Convenios Internacionales postulan el respeto de los Derechos Humanos, la práctica va en un sentido contrario con la aspiración de una sociedad más plena y humanitaria.

Los sectores mas carenciados son los que con mayor frecuencia sufren la violación de los Derechos Humanos, y de estos específicamente los descendientes directos del aborígen. No es un azar que países como el Perú, Ecuador, Bolivia, Guatemala, tengan la mayor parte de los casos vistos en la Corte.

El origen del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debe buscarse inevitablemente en la reacción provocada en el continente americano por las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial. Reunidos los Estados americanos en México (1945) en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la

Paz, se resolvió encomendar al Comité Jurídico Interamericano, la elaboración de un proyecto de Declaración que estableciera vínculos más fuertes de solidaridad entre ellos y al mismo tiempo reforzara el sistema de respeto a los derechos humanos en el continente. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscripta recién el 21 de noviembre de ese año en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser ratificada por once Estados, según ella misma establecía.

En el Perú, se tomó la decisión de aprobar la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica (incluyendo sus artículos 45º y 62º referidos a la competencia de la Comisión Interamericana, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en la Asamblea Constituyente del 1978-1979, con destacada participación de Javier Valle – Riestra, seguido por la bancada del PAP, contra las oposiciones de Jorge Del Prado (representante de la “izquierda”), y el jurista Aramburu Menchaca (representante de la “derecha”). El Perú de esta manera, en la cláusula decimosexta transitoria y final de la Constitución de 1979, hizo los depósitos correspondientes de la adhesión ante los organismos respectivos, no sólo es signatario, sino que incorpora a su derecho interno y acepta expresamente la jurisdicción de la Corte Interamericana. La corte interamericana tiene dos competencias, una contenciosa y otra consultiva. Nos interesa la Competencia Contenciosa, que es la que permite al Tribunal tomar conocimiento y resolver sobre los casos que le sometan los Estados Partes o la Comisión IDH, exclusivamente, toda vez que los individuos carecen de legitimación para presentar un caso a la Corte, si bien durante el trámite por ante ella se les tendrá por “parte”.

En ejercicio de esta competencia, la Corte emitió su primera resolución estimatoria en un caso contencioso, el 26 de junio de 1987 rechazando las excepciones preliminares interpuestas por Honduras en el caso de la desaparición de Ángel Manfredo Velázquez Rodríguez, y desde ese año hasta fines del 2007, la Corte ha dictado 164 Sentencias. Entre estas 164 Sentencias, no todas son sentencias “de fondo”. En 33 de esas “sentencias” se refieren a pronunciamientos sobre excepciones preliminares; 21 de esas “sentencias” son pronunciamientos sobre “reparaciones” (este concepto puede incluir indemnización, pero normalmente se aduna a otras medidas que pueden incluir hasta la obligación del Estado de reformar su legislación), y 9 son respuestas a solicitudes de interpretación de una sentencia de fondo. Si vemos, por países, contra Perú se han dictado 50 sentencias, el mayor número, siguiendo muy de lejos Guatemala con 22 Sentencias; No se han tramitado casos contenciosos contra seis

Estados parte de la Convención: Barbados, Dominica, Grenada, Haití, Jamaica y Uruguay. Por las razones expuestas, cobra importancia una referencia a la jurisprudencia de la CIDH.

5.8.1.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO CASTILLO PÁEZ. REPARACIONES (ART. 63.1 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998

Fundamento Jurídico 42. El Estado objetó las “declaraciones juradas” y otros documentos, como los poderes otorgados por los familiares de la víctima aludiendo a una serie de formalidades, comunes sobre todo en el derecho interno. Este argumento no es aceptable en un Tribunal Internacional de Derechos Humanos cuyo procedimiento no está sujeto a las mismas formalidades de las seguidos en las legislaciones internas, como ya lo ha sostenido esta Corte en su jurisprudencia constante en que ha mantenido criterios flexibles en la recepción de la prueba (*Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 18; *Caso Cayara, Excepciones Preliminares*, *supra* 38, párr. 42; *Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares*, *supra* 38, párr. 44 y *Caso Loayza Tamayo, Reparaciones*, *supra* 38, párr. 38). La Corte ya ha declarado que en esta materia el derecho internacional se caracteriza por no requerir formalidades especiales para dar validez a un acto y, en este sentido, cabe recordar que incluso las manifestaciones verbales son válidas en el derecho de gentes (*cfr. Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 71; *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 55).

REPRESENTACIÓN

Fundamento Jurídico 61. El 25 de febrero de 1998 los padres del señor Ernesto Rafael Castillo Páez presentaron un poder otorgado el 19 de febrero de 1998, en favor del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y del Instituto de Defensa Legal (IDL). El Estado manifestó, en su escrito de observaciones de 11 de mayo de 1998, que dicho poder es “ineficaz”, ya que se trata de una carta que “carece de certificación o legalización de alguna autoridad del Reino de Holanda, donde al parecer fue redactad[a]”. Además, advirtió que al ser los miembros de la familia

Castillo Páez ciudadanos peruanos, estaban “obligados a cumplir las exigencias de la Ley peruana para conferir su representación a través de un poder”. El Perú manifestó además, que en caso de que dichas personas residieran en Holanda, debieron utilizar los “documentos de identidad que esa nación otorga a los extranjeros que residen en su territorio”. Finalmente, advirtió que la señora Mónica Inés Castillo Páez no había suscrito dicho poder para ser representada en esta etapa del procedimiento, ni se concedió representación a “Human Rights Watch/Américas” (HRW).

Fundamento Jurídico 62. El 4 de junio de 1998 los familiares de la víctima presentaron otro poder otorgado por los padres y la hermana de la víctima el 22 de mayo de 1998, suscrito ante notario público en Holanda.

Fundamento Jurídico 63. El 20 de julio de 1998 el Estado objetó este poder, por los mismos argumentos esgrimidos al oponerse al poder del 19 de febrero de 1998. En razón de lo anterior, el Estado manifestó que los representantes no estaban facultados para intervenir en nombre de los familiares de Ernesto Rafael Castillo Páez al tiempo en que fue formulado el pedido de reparaciones por medio del escrito del 25 de febrero de 1998, ya que la “‘ratificación’ que se pretende realizar con el poder del 22 de mayo de 1998 no convalida[ba el anterior de febrero] ni surte efecto alguno”. Además, afirmó que en dicha ‘ratificación’ aparece Mónica Inés Castillo Páez, “como si hubiera intervenido en ese primer ‘poder’, lo que resulta a todas luces inconsistente y carente de eficacia jurídica”.

Fundamento Jurídico 64. En este caso la Corte debe valorar la presentación de dos poderes otorgados por los familiares de la víctima en momentos diferentes: El primero, otorgado por los padres de la víctima el 19 de febrero de 1998 en Utrecht, Holanda, a Viviana Krsticevic del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y a Ronald Gamarra del Instituto de Defensa Legal (IDL); y el segundo, otorgado el 22 de mayo de 1998 en Holanda, mediante el cual los padres y también la hermana de la víctima, “ratifican” el poder de representación amplia ante la Corte a las siguientes instituciones: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Instituto de Defensa Legal (IDL) y Human Rights Watch/América (HRW).

Fundamento Jurídico 65. La práctica constante de esta Corte, con respecto a las reglas de representación, ha sido flexible en relación con los Estados, la Comisión Interamericana y, durante la fase de reparaciones, las víctimas. Basta una manifestación clara de la voluntad de los familiares de la víctima en los poderes

enviados para que constituya material probatorio suficiente en esta jurisdicción internacional. Desde esa perspectiva -llámese, poder, carta-poder, autorización o de cualquier otra forma- es suficiente para esta Corte, para efectos de legitimación, un documento mediante el cual los poderdantes expresen su voluntad de ser representados sin que deba este Tribunal ceñirse a las formalidades exigidas por las legislaciones nacionales. Esas formalidades no son exigibles en un tribunal internacional de derechos humanos (*supra* 42).

Fundamento Jurídico 66. Esta amplitud de criterio al aceptar los instrumentos de la representación tiene, sin embargo, ciertos límites que están dados por el objeto útil de la representación misma. Primero, dichos instrumentos deben identificar de manera unívoca al poderdante y reflejar una manifestación de voluntad libre de vicios. Deben además individualizar con claridad al apoderado y, por último, deben señalar con precisión el objeto de la representación. En opinión de esta Corte, los instrumentos que cumplan con los requisitos mencionados son válidos y adquieren plena efectividad al ser presentados ante el Tribunal.

Fundamento Jurídico 67. Esta Corte estima que los poderes otorgados el 19 de febrero y 22 de mayo de 1998 son eficaces. El primero se hizo efectivo al ejercer la representación el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Instituto de Defensa Legal (IDL) a nombre de los padres de la víctima y presentar el escrito de reparaciones. El segundo poder también se hizo efectivo en tanto que los padres ratificaron todo lo actuado en el primero y, además, porque otro familiar de la víctima, su hermana, Mónica Inés Castillo Páez, compareció otorgando poder. En este último, los tres otorgantes nombraron como sus representantes al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y al Instituto de Defensa Legal (IDL) y, además, a “Human Rights Watch/América” (HRW). En consecuencia, esta última organización co-representa efectivamente a los familiares de la víctima desde el 22 de mayo de 1998.

5.8.2.- JURISPRUDENCIA DE LA FIFA.-

Es innegable la presencia del fútbol en la vida diaria, y de su importancia económica y social. La Representación deportiva si bien no tiene origen eminentemente profesional, en la actualidad apunta el asesoramiento integral al deportista, en ámbitos más allá de lo estrictamente deportivo, van desde lo económico, jurídico, contable, publicitario, según las facultades pactadas en el contrato. La Representación deportiva de

futbolistas profesionales (actualmente inclusive los amateurs), es considerado un negocio rentable en muchos países. Por ello la Federación Internacional de Fútbol Asociado dictó una normatividad especial que regula el tema de la representación, enfocando a los representantes como agentes de futbolistas y de clubes, vigente para todas las federaciones o asociaciones nacionales. Más allá de la nomenclatura que se diera al contrato, del tipo contractual elegido por las partes para formalizar su relación ésta deberá juzgarse con base en la normatividad vigente en materia de fútbol profesional, que por su especialidad merece un tratamiento singular, tanto del vínculo jurídico entre el jugador y el club, como de éstos y los intermediarios o agentes.

En principio el Artículo 17º del Reglamento de Aplicaciones de los Estatutos de la F.I.F.A., prohibía la utilización de agentes u otros intermediarios, en la transferencia de jugadores salvo las facultades del Comité Ejecutivo, de establecer cuando lo estime necesario y prudente la reglamentación obligatoria autorizando esa actividad bajo condiciones específicas. Ello ocurrirá como primer caso el 11/12/1995, y luego el 10/12/2000, cuando el Comité Ejecutivo de la F.I.F.A., dicta los Reglamentos sobre los Agentes de Jugadores. Hay casos en los cuales se han aplicado estas normas, C.N.Civ, Sala A in re: "Interplayers .S.A. c. Sosa, Roberto Carlos s/daños y perjuicios" del 6/12/2002 JA; 2003-II-513. "Nannis, Gonzalo María c/Claudio Paul s/ordinário" CNCOM SALA B 14/02/2005.

CAPITULO VI

LA REPRESENTACIÓN

6.1.- CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

A la representación se la ve desde diferentes perspectivas, ubicándola dentro de las distintas instituciones jurídicas. Se confundió con el mandato, por cuanto se la consideraba como un contrato, o elemento de este. A raíz de su posterior desenvolvimiento se desarrollo su autonomía, primero sólo doctrinariamente, posteriormente además a nivel de legislación ha sido admitida, descartándose el criterio sólo contractual que se le daba. Más allá de las múltiples posiciones doctrinarias, se percibe que los diversos conceptos alcanzados por los juristas se vinculan con la forma como se califique su naturaleza jurídica. Teniendo presente esta precisión, se puede retomar de las perspectivas jurídicas la idea central; que el concepto de representación se entiende como que el representante emite la declaración de voluntad, con las facultades del poder del cual está investido, donde expresa la voluntad del representado, que también se hace manifestar al momento de celebrar el acto con el tercero.

En la doctrina nacional, el celebre jurista José León Barandiarán, entiende que la Representación esta en un sistema en la cual:

“El negocio jurídico puede ser realizado directamente por la persona a quien él mismo concierne, o por otra que obre en nombre de aquél. Se presenta entonces el instituto de la representación. El Código nacional no trata de este instituto como lo hacen los códigos alemán (...). El Código nacional repara en el contrato de mandato (art.1627 y ss.) (art. 1790 y ss., C.C. 1984) y en el de gestión de negocios (art.1656 y ss.) (art. 1950 y ss., C.C. 1984). Pero la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual y aquélla puede derivar de una determinación legal (tutela) o judicial (síndico en caso de falencias, curador para sucesión vacante)”¹

¹ LEON BARANDIARAN, José. "Acto Jurídico". Lima 1997. Gaceta Jurídica Editores. p. 84.

Para la doctrina española, en palabras autorizadas de los juristas españoles Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, consideran que:

"La representación es una institución enormemente compleja, con unos perfiles no demasiado bien definidos y que, además, son objeto de contradictorias opiniones en la teoría del Derecho civil. Añádase a ello la inexistencia de una consideración específica de la representación en nuestro Código civil para tomar conciencia de las dificultades del tema."²

Asimismo, el jurista Aníbal Torres Vásquez, enseña que:

"La representación es pues una forma de cooperación que tiene una importancia práctica considerable porque permite la realización de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad, etc.) o no es aconsejable (v. gr. significa pérdida de tiempo para el interesado). Hace posible que una persona pueda realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que éstos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación del sujeto. Hay actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de los incapaces y de las personas jurídicas"³

Por otro lado, José ITURRIAGA ROMERO, postula una concepción más sistemática de la representación, y estudia la figura jurídica desde dos planos del conocimiento, considerando la representación en sentido estricto y amplio, a saber:

La representación en sentido estricto:

"El concepto de la representación en sentido estricto contiene los elementos siguientes:

- es un hecho jurídico.
- que tiende a la cooperación jurídica, o sea a actuar para otro frente a otros.
- mediante una declaración de voluntad propia
- de que se actúa en nombre ajeno.
- para que repercuta sobre una esfera jurídica ajena;
- y que se desarrolla en el campo de la autonomía privada.

(...) concepto restringido de la representación, es decir de la representación directa"⁴

La representación en sentido amplio:

"La representación en sentido amplio ésta constituida (...)

- a) sujetos
- b) declaración de voluntad
- c) interés
- d) autorización y
- e) Cooperación jurídica"⁵

No debemos perder de vista que la representación fue desarrollándose, como toda institución jurídica, por el cauce histórico en razón de exigencias de carácter práctico, ligadas a un sistema de producción y distribución de bienes y servicios fundado

² DÍEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 579.

³ TORRES VASQUEZ, Aníbal. "Acto Jurídico". Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 331

⁴ ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 69.

⁵ ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 70.

siempre sobre una división del trabajo cada vez más dinámico, exigente, y expansivo. En orden a esas circunstancias, a través de la historia del derecho se han ensayado diversas explicaciones y conceptos entender a la representación, entre las principales tenemos las que en seguida reproducimos: **1) POTHIER:** "*Qui mandat, ipse fecisse videtur*". Esas personas son reputadas haber sido ellas mismas partes contratantes por el ministerio de su asociado, de su delegado, de su marido" (POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, n° 79). **2) SAVIGY:** "El representante, un simple *portador de mi voluntad*" (SAVIGY, *Le obbligazioni*, p. 55 ss.). **3) SAVIGY:** "Extensión de la capacidad natural, por la voluntad de aquel a quien pertenecen los derechos que deben surgir o extinguirse" (SAVIGY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3, § 122). **4) PUCHTA:** "Monstruosidad lógica" (PUCHTA)." **5) WINDSCHEID:** "Contrato por medio de la voluntad de otro" (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I, § 73 y II, § 313). **6) IHERING:** "Cooperación del representante y el representado en la producción del efecto jurídico", "Separación de la causa y el efecto del acto: la causa, la acción que concierne a la persona del representante; el efecto, el derecho concerniente al representado" (IHERING, *El espíritu del derecho romano*, § 63). **7) PLANIOL et RIPERT, ESMEIN :** "Medio para obtener por conducto de la voluntad de otro los mismos efectos que si uno mismo hubiera obrado" (PLANIOL et RIPERT, ESMEIN, *Traité Pratique de droit civil français*, VI, *Obligations*, I, p. 71). **8) BARASSI:** "Desviación de los efectos normales del acto jurídico. Poder creador de la voluntad del representante" (L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921, p. 176 ss.). **9) PUGLIATTI:** "La manifestación de voluntad de uno de los sujetos (el representado) está constituida por la síntesis del *acto de decisión* del interesado, que es el elemento formal, y de la *voluntad del contenido*, provista por el representante" (PUGLIATTI, *Idee e spunti sulla rappresentanza*. Año 1929-30, ahora en *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 221). **10) FLUME:** "Autorización del representado al representante" (FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, § 43.3, p. 754). **11) CLARISE:** "El principio de la representación se encuentra en el poder creador de la voluntad del representante: el representante delimita el contenido de una obligación al que el poder le da vida" (CLARISE, *De la représentation*, n° 88). **12) BIANCA:** "Sustitución, que la ley ordena o permite, de una persona por otra" (BIANCA, *Il contratto*; n° 35, p. 81). **13) H. et. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F.CHABAS:** "La persona sustituida no es más que la prolongación de la que la sustituye" (H. et. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F.CHABAS, *Lecons de droit civil*, t. II, I, *Obligations, Théorie générale*, p. 139). **14) M. STORCK:** "Técnica de realización de un acto jurídico, conformada por tres elementos: voluntad de obrar, ejercicio de un derecho subjetivo y establecimiento de un vínculo jurídico" (M. STORCK, *Recherches sur le mécanisme de*

la représentation, Paris, 1982) **15) LENEL, MITTEIS:** "Cooperación de voluntades, concurso de los dos sujetos implicados en la vicisitud" (LENEL, MITTEIS). **16) BETTI:** "La disposición de intereses es en un todo obra de una persona (el representante), en tanto que los efectos jurídicos correspondientes se producen íntegros en cabeza de otra persona (el representado)" (BETTI, *Teoría generale del negozio giuridico*, p. 554). **17) CARIOTA-FERRARA:** "Sub-especie de la sustitución, cuando se realiza un negocio por otro; sustitución en la actividad negocial" (CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 578 s.). **18) SANTORO PASSÁRELLI:** "Acto realizado exclusivamente por el representante, tanto en cuanto al elemento síquico, como al elemento material. En el negocio, la voluntad negocio es exclusivamente la del representante" (SANTORO PASSÁRELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 286). **19) DIDIER:** "Disociación entre quien obra y quien recibe los efectos; una forma particular de imputación derogadora: la voluntad del representado se vuelve indiferente" (DIDIER, *De la représentation*, n° 167 y 203). Citas de los conceptos editados por el investigador, de la referencia bibliográfica tomada de Fernando Hinestrosa⁶, quien a su vez cita a Nicolas Dissaux "La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles". LGDJ. París 2007. p. 180, y siguiente.

En el concepto moderno de representación se presenta necesariamente la figura de un *dominus*, interesado, o principal; así como de un representante, apoderado o gestor. Este es quien actúa, el otro es quien recibe los efectos del acto representativo. En su génesis alemán, en un inicio SAVIGNY atribuyó el negocio al interesado; el representante no sería más que un *órgano* de aquel. En un segundo desarrollo dogmático vendría THÓL, con la tesis del *doble contrato*. Aspectos ampliamente cuestionados, por numerosos juristas que en la segunda mitad del siglo XIX propusieron la *Repräsentationstheorie*, y con sólidas argumentativas propusieron que el negocio (acto) ha de imputarse únicamente al representante, y de esa manera finalmente lo planteó el BGB. Uno de esos juristas, fue HUPKA⁷, quien sostuvo:

"La voluntad existe en el representante, quien no la comparte, y el poder es solamente la condición y el límite para la eficacia de esa voluntad".

Posteriormente a estos aportes, habrá desarrollos teóricos, sin embargo teniendo como referencia estos conceptos de la doctrina alemana.

⁶ HINESTROSA, Fernando. "La Representación". Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.114-115.

⁷ HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. p. 45.

6.2.- DELIMITACION DEL CONCEPTO DE REPRESENTACION

La doctrina mejor elaborada sobre la representación, y que hoy se puede considerar como clásica, aparece fundada sobre bases dogmáticas creadas en gran parte por la ciencia jurídica germana, que plasma en el Código Civil alemán con una normativa completa de la representación, y que aparece en su libro I, dedicado a la Parte General, dentro de la regulación del negocio jurídico. Aquella doctrina con los ajustes teóricos pertinentes es aplicable a nuestra realidad, y es la siguiente:

a) Considera que hay representación cuando se celebra el negocio jurídico (acto jurídico, de conformidad con la doctrina consagrada en nuestro C.C. de 1984) a través de una persona, el representante, que actúa en nombre de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante. Por lo tanto, la representación se considera como un capítulo de la teoría general del negocio jurídico o acto jurídico, y que el actuar en nombre ajeno (*alieno nomine agere*). La eficacia inmediata y directa de la actuación del representante son factores esenciales de la idea de representación. Por ello, se considera que cuando se gestiona por un intermediario e interés ajeno pero actuando éste en su propio nombre, no hay verdadera representación sino una figura distinta: interposición gestora, mandato no representativo.

b) Para que exista representación en puridad basta la actuación del representante en nombre del representado: *contemplatio domini*. Sin embargo, para la producción de la eficacia directa de la gestión representativa en la esfera jurídica del representado es necesario un nuevo requisito, que consiste en la existencia de un previo poder de representación o en una posterior ratificación por el dominus negotii de lo hecho por el representante. De esta premisa se extraen también dos consecuencias importantes. La primera es que se puede hablar con propiedad de una "representación sin poder", que, cualesquiera que sean sus efectos, es una verdadera representación, y que se dará cuando el dominus negotii ratifique lo actuado por el representante que no tenía poder previo. La segunda es que se escinden, independizándose en su funcionamiento y en su régimen jurídico, el negocio ó acto de concesión del poder y el negocio ó acto actuado por el representante con el tercero. La concesión de un poder (apoderamiento) se configura como un negocio ó acto jurídico, que es independiente de la relación jurídica básica existente entre las partes que le pueda dar origen o de la cual sea una consecuencia (ejemplo, mandato). El apoderamiento se califica como un negocio ó acto jurídico abstracto, en la medida en que su eficacia es independiente de

la existencia o de la regularidad de la relación jurídica subyacente entre el representante y representado.

c) En el orden de los efectos de la actuación representativa, es irrelevante el interés que pueda guiar al representante en su actuación. Normalmente, el representante actuará en interés del representado, pero es posible una actuación del representante en su propio interés o interés de un tercero (por ejemplo, el deudor da poder a sus acreedores para que vendan sus bienes y con el precio obtenido se cobren sus créditos, o cobre créditos de un tercero).

d) Se deben separar nítidamente los conceptos de “Mandato”, y “Representación”. El mandato es un contrato que genera la obligación para el mandatario de cumplir el encargo recibido del mandante. El poder de representación legitima al apoderado para actuar frente a terceros en nombre del poderdante, y deriva de un acto de concesión del poder (apoderamiento). En suma, la representación surgiría del acto jurídico de apoderamiento, distinto del acto jurídico de mandato, siendo el medio o instrumento para el cumplimiento del encargo cuando ello exige relacionarse con terceros.

La tesis es consagrada por la jurisprudencia española del Tribunal Supremo (Sentencias del: 16 de febrero de 1935, 22 de mayo de 1942, y 01 de diciembre de 1944 entre otras), se debe a LABAND, siguiendo algunas ideas de Bernardo Windscheid:

“Mandato y poder son figuras distintas aunque pueden coincidir de manera ocasional. En el mandato que yo confiero a otra persona - dice LABAND - para celebrar un negocio jurídico por mi cuenta, puede existir al mismo tiempo el poder de representación para que lo realice en mi nombre (coincidencia de mandato y de poder), pero ello no es algo necesario. Puede existir un mandato sin poder, como ocurrirá siempre que el encargo que el mandatario deba ejecutar haya de realizarse contratando él con los terceros en su propio nombre. Y hay también poderes sin mandato, como sucede en todos aquellos casos en que la potestad de actuar en nombre del dominus o principal se funda en relaciones jurídicas diferentes de las que genera todo contrato de mandato. Por ejemplo, los socios gestores de una sociedad civil ostentan poderes de representación, pero no están vinculados por un Contrato de mandato con la sociedad”⁸

La doctrina moderna de la representación es sostenida por juristas europeos de la talla de De Castro y Bravo, Luis Díez Picazo, Antonio Gullón. Puede esquematizarse del siguiente modo:

a) La representación no se limita a ser un capítulo en la teoría del acto ó negocio jurídico y, por tanto, no puede definirse simplemente como la conclusión de un acto o negocio jurídico o la emisión de una declaración de voluntad realizada por medio de otro. La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos incluidos los no negociales (por ejemplo, los actos de ejercicio de los derechos como las reclamaciones del acreedor frente al deudor). La representación además es un

⁸ DIEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 580.

fenómeno que trasciende al Derecho privado y que se aplica a todas las disciplinas jurídicas, por lo que debe situarse en una teoría general del Derecho.

b) La representación no puede ser definida como un actuar en nombre ajeno. La actuación del representante en su propio nombre, pero en interés del dominus, es también una forma de representación: la llamada representación indirecta o mediata. Una definición correcta de la representación debe comprender a ambos supuestos. Como sostiene cierto sector de la doctrina la ajenidad del asunto es la base de la representación, y otra cosa distinta es la forma de operar el representante para llevarlo a cabo, lo que dará lugar solamente a diferentes efectos, pero no a negar la representación indirecta.

c) La irrelevancia del interés que guía al representante parece criticable como dogma. En la disciplina de la representación, el representante gestiona siempre el interés del representado. La concesión de un poder de representación a una persona para que lo utilice en su propio interés o interés de terceros (procurator la rem steam, por ejemplo, acreedor facultado para enajenar bienes del deudor y cobrarse así su crédito) constituye una vía oblicua o indirecta. Que en realidad, da lugar a una forma de fiducia y que no pertenece en rigor a la doctrina de la representación.

d) Aun sin negar la distinción teórica entre poder y mandato, la separación no parece a un sector de la doctrina tan categórica. Se sostiene que la relación de gestión de asuntos ajenos (no es otra cosa en el fondo el mandato) tiene fuerza en sí para producir la eficacia directa e inmediata de lo actuado en la esfera jurídica ajena, siempre que se utilice el nombre del mandante. No hay, pues, necesidad intrínseca de la concesión de un poder, con lo que se vuelve a la vieja tesis de que el mandato tiene siempre un carácter representativo, y explica la concesión de poderes que efectúa en la mayor parte de los casos el mandante como una escisión formal del mandato. Al independizarse documentalmente tales facultades se da un corte totalmente arbitrario en el contenido del contrato, que podrá tener efecto respecto de terceros, pero que no rompe en modo alguno, inter partes la unidad misma.

De todo lo expresado, es pertinente admitir que la doctrina tradicional es la preponderante en la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

A nivel nacional juristas como Fernando Vidal Ramírez la califican a la representación como un “Hecho Jurídico”; por otro lado Anibal Torres Vásquez, como un “Acto Jurídico”; el maestro José León Barandiarán, y Lohmann Luca de Tena, siguiendo a la doctrina alemana consideran a la representación como un

"Negocio Jurídico". Por otro lado el jurista argentino Mosset Iturraspe, calificar a la representación como una "Situación Jurídica", porque así se estaría comprendiendo tanto a la representación legal, representación voluntaria, y a la representación judicial; juristas como Madray la consideran como: "Presupuesto de Hecho"; Sánchez Urite simplemente la califica como la "Emisión de una Declaración"; y Díaz Gómez, refiere que es un "Mecanismo".

En Derecho comparado la dogmática alemana desde el siglo XIX, seguida posteriormente por la doctrina italiana ha debatido acerca de la "esencia" de la representación. Es decir ¿Cuál es la característica sustancial de un acto para ser acto de representación?, dicho en otras palabras ¿Que no puede faltar en un acto jurídico para que sea Representación?, ¿Cuál es la nota distintiva fundamental que permita señalar bajo la denominación figuras que sólo en virtud de dicho factor se podrían considerar como tal o próximas?. Para un sector de la doctrina es "el obrar en nombre de otro"; para otro es "la eficacia de la actividad sobre otro"; para un tercer sector es "el obrar en interés de otro"; para otros "una especie particular del obrar directamente", o una expresión de la sustitución y la legitimación; en todo caso, aparece la relación de *gestión* como un *prius* lógico.

6.3.- CARACTERÍSTICAS

El Acto Jurídico de la Representación es: Autónomo, Unilateral, y Recepticio.

a) AUTONOMO.- Deriva de la autonomía de la voluntad, llamada también por la doctrina italiana Autonomía Privada. Está característica no es defendida con unanimidad, por cuanto existe dificultad de sustentarla a nivel doctrinario, en los casos de Representación Judicial, y Legal. No hay mayores problemas en la Representación voluntaria.

b) UNILATERAL.- En cuanto la concesión de poder nace por la declaración de voluntad del poderdante exclusivamente, no requiriéndose la voluntad del apoderado para ello. La doctrina que hemos llamado clásica de la representación, heredera del jurisconsulto LABAND en tantas cuestiones relativas al instituto, no ha seguido su tesis de que el apoderamiento surge de un contrato por medio del cual las partes se obligan recíprocamente a que el efecto de los negocios que uno de los contratantes (el apoderado) concluya en nombre del otro (el poderdante) debe considerarse como si hubiesen sido efectuados por este último solo.

c) RECEPTICIO.- Porque la declaración de voluntad en que consiste el

apoderamiento ha de ser conocida para que produzca efectos. Acontecimiento de eficacia y no de existencia de aquel acto, y su destinatario será el apoderado.

6.4.- REQUISITOS DE LA REPRESENTACION

De conformidad con nuestra legislación, donde no existe discrepancia en aceptar la Representación Directa e Indirecta existe consenso en señalar que los requisitos de la representación son los siguientes:

- a)** Legitimación para actuar en la esfera ajena.
- b)** Un acto o negocio jurídico representativo.
- c)** Sustitución del representado
- d)** Consentimiento de éste vía poder o ratificación,
- e)** Además exige la “Contemplatio Domini”, esto es, la actuación en nombre ajeno (*agere in nomine alieno*).

Existe problemas en el Derecho Comparado, por ejemplo en el Español, donde de conformidad con la Teoría Tradicional Española: Núñez Lagos, y Castán Tobeñas, limitando el concepto de representación al de representación directa, desde esta posición consideran como requisitos de la representación los antes señalados. Como se recuerda, en legislación Española, dentro de la regulación del Mandato la Representación no tiene regulación independiente, es el artículo 1717 del CC Español, que se estipula: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante”. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el acto celebrado fuera de él mismo, lo antes señalado se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

De otro lado, la Tesis Moderna, sustentada por juristas como Díez-Picazo, De Castro y Bravo, y José Antonio Alvarez Caperochipi, sostienen que la Representación Indirecta también es Representación, porque puede producir efectos directos entre el dominus y el tercero sin necesidad de un contrato posterior traslativo de los mismos. Sustentan esta tesis, a partir del Artículo 1717 CC, cuando se trata de cosas propias del mandante, dice De Castro que si las partes lo sabían, no sería necesaria regulación específica porque en efecto sería un caso de representación directa, sin embargo el citado precepto encuentra su sentido en caso de que el tercero ignorase la existencia de un dominus negotii ó representado en el

momento del perfeccionamiento del acto, pero viniese en conocimiento de este hecho a posteriori, y es claro al hablar de la posibilidad de ejercitar “su acción” contra el mandatario o el principal, acción que necesariamente ha de ser la misma, pues el artículo no distingue.

6.5.- EFECTOS DE LA REPRESENTACION

Sólo surte efectos para el momento de la celebración de la relación jurídica. Esto que parece sencillo, es muy debatido, y tiene muchas aristas que de cierta manera la hemos tratado en esta tesis.

6.6.- EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACION

A) REVOCACIÓN.- La revocación es un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio. El destinatario del mismo es el representante, y sí no toma conocimiento y continua actuando como tal, entonces los actos celebrados son válidos, y surtirán todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe. Esto porque los ordenamientos jurídicos privilegian la seguridad dinámica sobre la estática; inclusive en el supuesto de hecho de la norma una situación de representación aparente en la que han confiado los terceros porque desconocen su discordancia con la realidad, no obstante ello deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, tenga o no culpa el representado en la creación o subsistencia de aquella situación. En este punto, se establece para el representado la carga de notificar a determinados terceros la revocación del poder que dio para contratar con ellos. Si no lo hace y el representante contrata con ellos, lo actuado es válido frente al dominus negotii. Sin embargo, el ordenamiento jurídico exige la buena fe del representante, lo que nos advierte su ratio: la afirmación de la continuidad de la relación representativa (entre dominus negotii y representante). De ahí que, por ejemplo el representante tenga derecho al reembolso de los gastos que haya efectuado en ese caso.

B) RENUNCIA DEL REPRESENTANTE.- La renuncia es una declaración de voluntad recepticia, que deberá ser puesta en conocimiento del representado, y produce efectos aun cuando le perjudique. Sin embargo, la buena fe impone el deber de continuar con la representación hasta que el dominus negotii pueda tomar las precauciones necesarias, otorgando la ley un plazo prudencial para estos efectos (.EFECTOS).

C) MUERTE, O EXTINCIÓN DEL REPRESENTANTE O REPRESENTADO.- Dan lugar a la extinción de la representación, como es lógico.

6.7.- CLASIFICACION DE LA REPRESENTACION

Existen diversos criterios de clasificación, entre los cuales se cuentan los siguientes

- Atendiendo al origen o fuente: Judicial, Legal, y Voluntaria.
- Atendiendo a la modalidad en que puede ser ejercida: Activa, y Pasiva;
- Atendiendo a los efectos del acto de representación: Directa, e Indirecta.

6.8.- REPRESENTACIÓN JUDICIAL, LEGAL, Y VOLUNTARIA

Es una de las clasificaciones más conocidas. En la legislación nacional la encontramos sólo como Representación Legal y Voluntaria, consagrada en la segunda parte del artículo 145, consagra esta clasificación atendiendo al origen del apoderamiento, vale decir si lo confiere voluntariamente el representado o lo confiere la ley. Así, sale del marco puramente privatista que otros códigos han dado a esta institución. La fuente de esta segunda parte del artículo 145°, la encontramos en el artículo 1387° del Código Civil italiano. Asimismo, tiene un parecido con el artículo 1801° del Código Civil mexicano, que exige al representante estar "autorizado" por ley o por el representado. Del texto del artículo 145°, parecería que el representado podría otorgar al representante únicamente facultades, pero se entiende que también comprende a la designación. Es decir el articulado entiende al poder como otorgamiento de facultades representativas, y como designación del representante.

6.9.- REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Conocida también como "Representación determinada por el juez con arreglo a ley", aún cuando algunos sostienen que constituye una forma de representación legal, olvidando que el Juez si bien actúa por imperio de la Ley, lo hace en función a su poder jurisdiccional.

Esta forma de representación consiste en que el representante es designado directamente por el Juez, individualizando a la persona en virtud a las facultades que le confiere la Ley, con arreglo a los requisitos de capacidad y aptitud exigidas por ella. Tal es el caso en la designación de defensor de herencia, defensor de ausente,

depositario judicial, administrador judicial, cuyos actos en muchos casos rebasan los actos procesales. Las personas designadas cumplen una función pública que la ejercerán de acuerdo a las facultades establecidas en la norma. Esta modalidad de representación se justifica ante la inexistencia o incapacidad de los representantes originales. En realidad se busca suplir el vacío producido por la falta de: capacidad del representado y aptitud del representante original que venía ejerciendo la representación. Obviamente que la justificación de la suplencia es que el incapaz o representado no puede dejar de estar desamparado y privado de que se realicen actos en su nombre.

Conviene aclarar que el artículo 145° del C.C. sólo hace distingo entre representación voluntaria, y legal; no menciona la representación judicial, tampoco no hace distingo entre representación judicial y representación legal. La más reputada doctrina civilista nacional: José León Barandiaran, Fernando Vidal Ramírez, Aníbal Torres Vásquez, y Lohmann Luca de Tena; no desarrolla expresamente la "Representación Judicial", algunos de ellos sólo dan ejemplo al respecto. La norma implícitamente está considerando a las representaciones judicial, administrativa, y orgánica, dentro del ámbito de la representación legal. La razón es muy simple, los apoderamientos en estos casos se generan en cumplimiento de normas legales que conceden esa potestad de designación de representantes, a las autoridades judiciales y administrativas, así como a los directivos de las personas jurídicas; no obstante ello es pertinente que normas del C.C. desarrollen reglas de la Representación Judicial.

6.10.- REPRESENTACIÓN LEGAL

Se le conoce también como "Representación Necesaria". Se basa en que la voluntad tiene su origen en la Ley, la que dispone se instaure la representación por distintas razones, como la incapacidad del representado, por no poder actuar por si solo. Díez Picazo la sintetiza en la siguiente definición:

"La representación legal es, por lo general, un medio para suplir un defecto de capacidad para obrar de determinadas personas o por un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular o cuyo titular no se encuentra en condiciones de asumir por si mismo su gobierno."⁹

Si nos atenemos a este criterio, estaríamos circunscribiendo la representación legal

⁹ DIEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 613.

únicamente a la falta de capacidad, consecuentemente solo se daría en materia de derecho de personas, familia y sucesiones. Por ello, es que Sánchez Urite¹⁰, amplía los alcances a otros conceptos, cuando sub clasifica la representación legal en: necesaria y para oficios públicos. Lógicamente que la necesaria se refiere a la ausencia de capacidad para obrar por parte del representado; en cambio, la referente a Oficios públicos importa realizar actos imbuidos de una función pública conferida por Ley o por el Juez, por ejemplo los administradores judiciales, depositarios.

La representación legal tiene mayor problema, sobre todo cuando se dilucida el problema de la voluntad del representado (incapaz). Según Guillermo Lohmann, en estos casos el representante no sustituye al representado porque la ley no reconoce eficacia a esa representación. Pero, creemos que al representado la voluntad le otorga la ley o la autoridad judicial o administrativa en cumplimiento de ésta última, lo cual no invalida al acto del representante, pero ello no quita esa voluntad del incapaz por el hecho de que no participe directamente en el acto. En todo caso se confunde la fuente del apoderamiento con el acto representativo, la voluntad del incapaz concurre en los actos a través del apoderado en razón a que su discernimiento se encuentra limitado.

Es correcto que el Código haya comprendido a las distintas formas de representación legal, porque obviamente esta norma de derecho privado es supletoria para las demás normas del derecho público donde se contemplen actos jurídicos realizados por representantes legales de incapaces. La doctrina sub clasifica la representación legal, en:

A) REPRESENTACION DETERMINADA POR LEY.- En este tipo de representación, la Ley de manera taxativa determina al representante, invistiéndole del poder en la propia norma, donde además se establecen sus facultades. En las diversas instituciones jurídicas se manifiesta esta forma de representación legal, por ejemplo patria potestad, co-propiedad para ciertos actos. Donde en razón a la situación jurídica adquirida por quienes asumen esas funciones, padres, co-propietarios, respectivamente por imperio de la Ley ejercitan como representantes legales.

B) REPRESENTACION DETERMINADA POR ACTOS EN APLICACION DE UNA NORMA.- Están aquí los actos de representación que nacen por voluntad de quien

¹⁰ SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p.38.

otorga poder, en razón a la necesidad que le impone la Ley para realizar actos o negocios jurídicos a través de un representante. Es decir, la norma menciona al sujeto inmerso en una situación jurídica determinada, que ejercerá la representación de una persona natural, ó jurídica, para uno o varios actos jurídicos, pero la representada en virtud a la Ley designa o individualiza al o los representantes. Algunos supuestos de este tipo de representación lo encontramos en la representación orgánica, donde la Ley precisa quienes son los representantes, pero deja en libertad de su elección a los integrantes de la persona jurídica. Otro supuesto lo constituye por ejemplo la obligación de designar apoderado en juicio cuando existe litis consorcio, dando lugar al apoderado común (Artículo 76° del C.P.C). El legislador considera que ciertos actos, por su naturaleza o importancia, deben ser celebrados por un representante porque la realidad jurídica del representado así lo exige; por ejemplo las personas jurídicas, por ser entes abstractos requieren contar con apoderado, el cual deberá ser designado por sus integrantes. De igual modo, el interés del legislador para no dejar desprotegido a los menores incapaces impone la necesidad de designar al apoderado que lo represente. El sustento jurídico de esta clase de representación radica en que la norma, regula los casos en que será indispensable la existencia de un representante, pero deja a voluntad del interesado o interesados la designación del mismo.

6.11.- REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Sustentada en que la manifestación de voluntad del representado da origen a la representación, en virtud al principio de la autonomía de la voluntad u autonomía privada. La persona interesada en realizar actos o negocios jurídicos con terceros, entablando una relación jurídica por libre decisión puede designar a un representante para que actúe a su nombre en ese acto. La voluntad se origina en la decisión libre y espontánea, tanto para individualizar a la persona que será representante, así como la estipulación de las facultades que tendrá está. Esta potestad de designar apoderado de manera voluntaria, se encuentra prescrita en el artículo 164° de nuestro Código Civil. La representación voluntaria, la encontramos por ejemplo en el contrato de mandato con poder (artículo 1806°). En esta figura, el poderdante no se ve compelido a la designación del representante, tampoco ha establecer sus facultades. Es conocida también como “Representación Convencional” por cierto sector de la doctrina y el Derecho Comparado, como por ejemplo en el Código chileno. Quienes lo llaman así implícitamente se adscriben al criterio conceptual de la representación como sinónimo de mandato.

Adviértase que la manifestación de voluntad no siempre surge de una relación contractual o convencional, sino también de un acto jurídico unilateral, tal como lo viene sosteniendo la doctrina moderna.

Resulta indispensable la capacidad del representado para conferir el poder. En todo caso, la capacidad es un requisito de validez del acto de apoderamiento, como negocio jurídico. En concordancia con la libertad de contratación que anima a las legislaciones del mundo, que a nuestro entender se expresa también en la libertad de realizar actos jurídicos, la representación voluntaria comprende dos aspectos: libertad en el otorgamiento del poder y establecimiento de su contenido. Las formas como se manifiesta la representación voluntaria son disímiles, como por ejemplo a través de un acto de apoderamiento unilateral, o dentro de un contrato, o por acto procesal en los procedimientos administrativo, judicial y arbitral. Por lo que no son pertinentes las clasificaciones que consideran a la representación procesal como especial o sui generis, porque en todo caso el poder simplemente se ciñe a los actos del representante ante el Órgano jurisdiccional. La representación voluntaria tiene singular importancia, porque a partir de esta se determina los márgenes de responsabilidad del representante, así como los alcances del poder conferido. Juristas de la talla de Díez Picazo, García Amigo, entre otros, consideran que el elemento distintivo de esta clase de representación es el acto de apoderamiento. Esto es, se establece como regla de la representación voluntaria, la existencia del acto de apoderamiento practicado por el poderdante sin imposición de autoridad o ley alguna. En razón a ello también se la conoce como “representación negocial”¹¹ Situación particular lo constituye la llamada:

6.12.- REPRESENTACIÓN MIXTA.

No compartimos con los argumentos de quienes conciben la representación orgánica como mixta, una combinación entre representación legal y voluntaria. A nuestro entender, la fuente u origen de la necesidad de representación, marca el carácter de representación, por lo que la representación orgánica es una modalidad de representación legal por obedecer al cumplimiento de una norma imperativa, siendo la designación voluntaria del representante, una consecuencia, es decir simplemente la

¹¹ DE CASSO Y ROMERO; Ignacio. “Diccionario de Derecho Privado”. Barcelona 1950. Editorial Labor S.A. T, I. p. 431.

forma de ejecutar lo dispuesto por Ley. Ciertamente sector doctrinario defiende la idea que la representación orgánica es mixta, en razón a la combinación de las representaciones legal y voluntaria, específicamente para las personas jurídicas. El sustento jurídico de esta clase de representación, radica en que ciertas personas naturales y jurídicas, requieren contar necesariamente con un representante para realizar sus actos jurídicos; sin embargo, se deja en manos de los interesados, la designación del o los representantes.

6.13.- REPRESENTACION DIRECTA E INDIRECTA

Esta clasificación es clásica, con sujeción a los alcances del mandato, dependiendo de las facultades del agente y de los efectos que genere el acto principal.

REPRESENTACIÓN DIRECTA.- Llamada también propia, o perfecta. En esta clase de representación, el representante manifiesta su voluntad en nombre y por cuenta de otro, dentro de los límites del poder conferido; sin embargo, en el negocio principal el representado interviene como parte, por intermedio del representante, quien manifiesta la voluntad. Obviamente que el tercero tiene conocimiento de que el representante actúa en nombre del representado y velando sus intereses, no existiendo ocultamiento del titular de derechos y obligaciones al cual se representa.

El jurista peruano que ha estudiado con mayor amplitud y profundidad la representación, José ITURRIAGA ROMERO, señala sobre la figura materia de estudio:

“ a) Representación voluntaria directa (...)

Elementos (...)

Comunes:

Los sujetos,

El Interés (...),

La voluntad.

Especiales:

El Poder de representación,

La contemplatio domini, y

La eficacia directa”¹².

Uno de los aspectos más relevantes, es que el representante tiene el deber de manifestar que obra en su condición de tal. Es lo que se denomina expresión del nombre del interesado o *contemplatio domini*, y que justamente resalta el maestro Iturriaga Romero, como uno de los elementos especiales de este tipo de representación, y es un requisito en la que buena parte de la doctrina ve como

¹² ITURRIAGA ROMERO, José. “La Representación en el Derecho Privado”. Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p.109

"intención de obrar por cuenta del otro", o "elemento psicológico". El representante tiene el deber (carga) de hacer presente que no obra para sí y por cuenta propia, sino que obra por cuenta ajena, y asimismo declarar el nombre de la persona por y para quien obra, y a la que así, naturalmente, irán a parar los efectos de su actuación (negocio o acto). Además, y es de la mayor importancia destacar que el representante no sólo manifiesta una voluntad propia en la relación contractual, sino una voluntad dirigida a los efectos del contrato: ha de querer permanecer ajeno a los efectos del contrato y hacer surgir derechos y obligaciones en la esfera del representado.

Es comprensible que antaño lo usual era que el tercero se interesara por establecer previamente la individualidad del *dominus*, y que de ordinario esta apareciera por declaración del representante o por otros medios, sin embargo la fuerza incontenible de la economía de mercado, hace que no sea anómalo el que se contrate sin saber, porque no interesa, importa para el acto representativo que haya representación.

De esta manera doctrinariamente la *contemplatio domini* cumple, doble función, por cuanto de un lado excluye al declarante, y del otro incluye al representado en la relación negocial.

La *contemplatio domini* en la representación legal se presenta de manera tácita, la doctrina alemana puntualiza con el término *stillweigende Vertretung*. Y en lo que atañe al tercero, es suficiente que sepa que quien obra lo hace en su condición de representante legal.

En los casos de pseudo-representante o *falsus procurator*, que vincula su responsabilidad frente al tercero que contrató de buena fe confiando en la eficacia del acto jurídico así celebrado, se habla de representación indirecta, imperfecta, oculta, mediata o impropia (lo peculiar de la representación es la vinculación directa del *dominus* y la extraneidad del agente), cuando éste declara obrar por cuenta ajena, pero calla la identidad del poderdante y obra a nombre propio, por lo tanto no está presente en esta hipótesis la *contemplatio domini*.

La extraneidad del agente, es importante precisar, es poner su obra a nombre ajeno, toda vez que luego de hacer la conexión entre las verdaderas partes, más allá que su intervención no se reduzca a transmitir un mensaje ajeno, como ocurre en el caso del nuncio, sino que consiste en disponer de los intereses a él confiados, con poder más o menos amplio, pero siempre decisorio, y poniendo de presente que obra

a nombre ajeno, por ello una vez celebrado el acto, desaparece sin dejar rastro, por así decirlo.

Asimismo Aníbal Torres Vásquez, docente sanmarquino, enseña que en la representación directa:

“En el proceso de la representación directa se dan tres elementos sucesivos:

a) *Acto causal* del que surge el poder, por el cual se rigen las relaciones entre representado (poderdante) y representante (apoderado);

b) *Poder*, que es el efecto del acto causal, cuya misión es facultar al representante y legitimar su actuación, produciendo sus efectos frente al tercero con abstracción del acto causal que le dio origen; y

c) El acto celebrado por el representante con el tercero (*acto representativo*) por el que se regula las relaciones entre el representado o *dominus negotii* y el tercero.

La representación directa puede ser voluntaria o legal”¹³

REPRESENTACIÓN INDIRECTA.- Conocida también como “Representación Impropia”, o “Interposición Gestoría”, “Representación de Intereses Ajenos”. El representante obra en interés ajeno, pero realiza el acto principal en nombre propio. Es indudable que ambas formas tienen en común únicamente obrar en interés ajeno o por cuenta ajena, por lo que pertenecen al ámbito de los actos de colaboración. Entre los aspectos que distinguen una de otra se cuentan en que en la directa el representante actúa en nombre del representado, lo que no ocurre en la indirecta. Asimismo, en cuanto a los efectos del acto principal, obviamente que en la indirecta recaerán única y exclusivamente en el representante, por lo que el representado para poder acceder a las obligaciones y derechos generados con el negocio jurídico, tendría que verificar otros actos posteriores con el representante, como los traslaticios de dominio y otros. La representación indirecta, caracteriza a algunos actos jurídicos en particular, como el mandato sin representación, la comisión mercantil, entre otros. Sin embargo, muchos autores postulan la no existencia de la representación indirecta, por no contener los elementos fundamentales de la representación jurídica que la puedan identificar como tal. Messineo resalta la declaración de voluntad propia o en nombre propio, que efectúa el representante al realizar el acto principal, en interés o por cuenta del representante, sin que el tercero se le haga saber este último hecho.

Así, conceptúa a la representación de esta manera:

“Aquí, el denominado representante declara una voluntad propia, con el fin de conseguir un resultado que afecta al círculo de intereses ajenos, o sea del denominado representado; pero, al exterior, ósea frente a los terceros, a los cuales dirige la propia declaración, no aparece que él persiga el cuidado de intereses ajenos”¹⁴

¹³ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.333.

¹⁴ MESSINEO, Franceso. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Buenos Aires 1979. Trad. de Santiago

Los autores que postulan la negación de la representación indirecta, consideran que la sola actuación por cuenta o interés ajeno no es suficiente para considerarla como representación. Quienes admiten la representación indirecta, como Messineo, hacen notar las ventajas de la institución, al ocultar al verdadero titular de derechos y obligaciones que genera la relación jurídica principal, “conservar de incógnito”, como refiere Messineo, por lo que también se le denominan “presta nombre”. De esta forma, justifican su inclusión dentro de la figura de interposición de la persona o “interpósita persona”. Nuestro Código Civil regula en el Libro II de Acto Jurídico, sólo la representación directa, no así la indirecta. Este criterio se encuentra perfectamente establecido en el artículo 164°, que obliga al representante a expresar en todos los actos que celebre, que procede en nombre del representado.

La doctrina nacional se expresa, en la pluma de Anibal Torres Vásquez, para quien:

“En la representación indirecta (denominada también impropia, oculta o mediata), el representante actúa por cuenta y en interés del representado, pero en nombre propio. Frente al tercero, el representante se presenta como parte directamente interesada en la realización del acto jurídico, cerrándolo en su propio nombre. Los efectos del acto que realiza con el tercero no entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado, sino que en ejecución del encargo deberá transferirlos mediante otro acto jurídico. Se dan tres actos sucesivos: a) del representado con el representante, en cuanto éste recibe el encargo de actuar por cuenta de aquél; b) del representante con el tercero, acto al cual es ajeno el representado; y c) del representante con el representado por el cual éste recibe de aquél lo que adquirió por su cuenta”¹⁵

La doctrina mayoritaria, considera que no hay representación verdadera, esto es con efectos inmediatos del acto representativo, sino en cuanto el agente obra en nombre de otro, y no sólo por cuenta ajena. Teniendo en cuenta ese aspecto, quienes se adscriben a la teoría de la cooperación, afirman que aun en la representación indirecta se tiene una *contemplatio domini*, en la medida que se da relación entre esferas jurídicas subjetivas (Pugliatti, Minervini). Así, se pretendió despejarse el panorama para aceptar la representación indirecta como una los efectos de la actividad del agente están destinados a recaer, así sea indirectamente, en cabeza del interesado.

Por otro lado, el hecho que mientras en la representación directa la nueva relación jurídica se establece, entre el interesado y el tercero, en la indirecta, los efectos se

Sentis Melendo; Edit. Jurídicas Europa-América. p. 405.

¹⁵ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.333-334..

radican en el agente, lo que pone en riesgo y el costo de la actuación. En oportunidades el *dominus* confiere poder a otra persona para que celebre por él, pero en nombre propio, uno o varios negocios jurídicos. En la doctrina no ha sido inusitado negar que en esos casos haya representación, partiendo del aserto de que la representación implica la radicación directa de los efectos del contrato en cabeza del *dominus*, que a su turno presupone la *contemplatio domini*, excluida por principio cuando el agente obra en su propio nombre.

En lo que atañe a la representación legal: En principio; del mismo modo que el tercero carece de acciones contra el *dominus*, este tampoco tiene a disposición suya la posibilidad de proceder directamente contra aquel, sino únicamente contra el agente, o sea que, cual . ocurría en la antigüedad romana, las relaciones se plantean en dos órdenes separados: mandante-mandatario y mandatario-tercero. El representante indirecto o impropio está obligado para con su principal de conformidad con los términos de la relación de base, a la que podría indicarse como "pacto fiduciario", y de acuerdo con ellos deberá hacerle la transmisión de los derechos adquiridos para sí, pero por cuenta de él.

6.14.- REPRESENTACIÓN ACTIVA Y PASIVA

REPRESENTACIÓN ACTIVA.- Cuando el representante emite la voluntad ante el tercero.

REPRESENTACIÓN PASIVA.- Cuando el representante recibe la manifestación de voluntad del tercero.

Esta clasificación radica en establecer la forma de actuación del representante frente al tercero con quien realiza el acto jurídico principal, si tiene un rol activo, ó pasivo. Sin embargo, es destacable resaltar que quienes propugnan esta clasificación confunden los alcances de la emisión de la voluntad, por cuanto adviértase sea cual fuere la forma de actuar del representante de todas maneras manifestará su voluntad, sea como remitente o destinatario de voluntad para realizar actos jurídicos, como ocurre en los contratos en general cuando los diversos sujetos de derecho actúan como ofertantes ó aceptantes.

En todo caso, la división que se hace debería ser en la forma de emitir la voluntad,

en atención al carácter recepticio que tenga el acto jurídico, dependiendo si es recepticio o no, teniendo en cuenta además las características del negocio principal que se pretende celebrar. Por ejemplo será activa la representación del apoderado que emite una oferta para una próxima contratación, y será pasiva si expresa una aceptación a la oferta planteada. De igual modo serán activos los actos unilaterales emitidos por el representante. Se justifica esta clasificación porque se podrá distinguir los efectos del acto celebrado con tercero, a partir del carácter recepticio del negocio y por ende de los alcances del poder.

6.15.- PLURALIDAD DE REPRESENTANTES.

En el mercado profesional contemporáneo, cada día menos individualizado, y más profesionalizado, cuando el usuario-consumidor acude a una oficina de profesionales asociados en demanda de servicios, y habiendo celebrado con uno de ellos un contrato de servicios profesionales, pueden darse muchas circunstancias en las que se requiera la participación, por un mandato singular o colectivo, para contar con el servicio de los profesionales especializados, de la sociedad o de varios de sus miembros. Atendiendo a lo referido, es admitido tanto en la representación legal como en la voluntaria o negocial, la presencia simultánea de varios representantes de un mismo representado; y en la negocial que un mismo agente represente a varios *domini*, entre los cuales deberá haber comunión de intereses. El Código Civil ha consagrado las modalidades clásicas de la representación plural, es decir: Para actos diferentes, Indistinta, Conjunta, Sucesiva, e Independiente. Si bien es cierto que no se define a ninguno de ellos, el hecho de mencionarlas en el artículo 147°, las convierte en modalidades típicas de representación plural, porque además las vamos a encontrar de manera dispersa en las diversas sedes de nuestro ordenamiento jurídico.

A) REPRESENTACION PARA ACTOS DIFERENTES.- De hecho, La regulación confunde el acto con el documento. En todo caso, se entiende que se refiere al documento, por lo que a nuestro modo de ver y doctrinariamente, esta forma creada por nuestro código es ajena a la pluralidad de representación, porque cada acto es diferente uno del otro, salvo que tengan la secuencia contemplada en la representación sucesiva. (MEJORAR LA REDACCIÓN)

No encontramos aplicación específica de esta modalidad; sin embargo, en la parte que legisla sobre personas jurídicas y asociaciones, se infiere que lo acogería cuando trata de los Órganos del Consejo Directivo. El sustento de esta modalidad

representativa lo constituye la división del trabajo.

B) REPRESENTACIÓN INDISTINTA.- Cualquiera de los representantes puede ejercer el poder. De acuerdo a la presunción establecida en el art. 147, cuando el representado ha designado a varios representantes sin precisar que deben actuar conjuntamente o sucesivamente o que cada uno de ellos realice actos diferentes, cualquiera de ellos puede ejercer el poder individualmente.

C) REPRESENTACIÓN CONJUNTA.- Requiere que en el acto representativo intervengan necesariamente todos los representantes designados (poder mancomunado). Debe ser establecida expresamente. El vicio en la voluntad de uno de los representantes es suficiente para que se pueda anular el acto representativo. Además el artículo 150º ha contemplado esta figura a través de la revocación, estableciendo la concurrencia conjunta de los representados para revocar el poder conferido para un objeto de interés común. Este artículo es muy discutido, porque podría interpretarse que está refiriéndose a la imposibilidad de revocar el poder cuando se produzcan intereses encontrados entre el representante y uno de los representados. Sin embargo, debe interpretarse que el interés común a que hace referencia el precepto es el que involucra únicamente a los representados. El legislador protege al interés común que une a los representados. Finalmente, cabe aclarar que el artículo no es imperativo, en tanto no excluye la posibilidad del pacto en contrario.

D) REPRESENTACIÓN SUCESIVA.- Uno de los representantes debe actuar a continuación del otro en el orden establecido por el representado. A falta de disposición expresa, los representantes actuarán de acuerdo al orden en que han sido nombrados. En todo caso, si el primero de los nombrados no ejerce el poder, renuncia o se ausenta, ejerce el poder el segundo y así sucesivamente.

E) REPRESENTACIÓN INDEPENDIENTE.- Significa que cada representante debe realizar el acto para el cual ha sido designado.

Si no se ha expresado que los representantes deben actuar indistintamente, conjuntamente o sucesivamente, o si no se ha indicado que acto u actos deben realizar cada uno de los representantes, se presume que la representación es indistinta, por consiguiente la actuación individual de cualquiera de los representantes dentro de los límites del poder obliga al representado. La actuación conjunta o sucesiva de los representados requiere de declaración expresa del representado.

6.16.- PLURALIDAD DE REPRESENTADOS.-

Nos encontramos ante la situación de la existencia de dos o más representados, lo que en doctrina se denomina representación pasiva. Así, es común por ejemplo, los casos en que los copropietarios de un terreno, tomen los servicios de un arquitecto para la construcción de un condominio, y le confieren poder para que realice en nombre de todos ellos, las gestiones pertinentes para obtener la Licencia de construcción.

6.17.- EL AUTOCONTRATO.

A esta figura jurídica también se la conoce con los nombres: contrato consigo mismo, auto acto. Es importante tratar en este trabajo, por cuanto se discute su condición de acto representativo. Para explicar a la institución jurídica objeto de estudio, es necesario mencionar los dos supuestos de hecho expuestos por la doctrina y las Leyes: En el primero, una persona actúa por sí y en representación de otra; en el segundo, una persona es representante de las dos partes intervinientes en un acto o contrato. Karl Larenz al primer supuesto lo denomina “autocontrato” y al segundo, “doble representación”.

Para el jurista peruano Manuel Pablo OLAECHEA DU BOIS:

“El estudio de la representación directa llevó a los juristas alemanes a plantearse el problema de la extensión del poder, tanto objetiva como subjetiva. El examen de este segundo aspecto (...) con quienes puede contratar el representante, sugirió la posibilidad de que pudiese hacerlo consigo mismo”¹⁶

Claro está que aquí se daría algo anormal, porque la persona se da poder a sí misma y para contratar consigo misma. A partir de estos supuestos, los autores tratan de explicar esta figura jurídica, sobre todo en cuanto a su legalidad y consiguiente admisión y reconocimiento por los distintos sistemas jurídicos. En este contexto, se manifiestan hasta tres tendencias expuestas sobre el caso, por juristas y contenidas en los códigos: una que le niega legalidad, otra que la admite y una tercera intermedia que combina las anteriores.

Consideramos que en todo contrato aparecen dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas, de las cuales la primera se denomina oferta, y la segunda, que se refiere a la oferta, se llama aceptación. En el contrato se produce un encuentro de declaraciones de voluntad que coinciden en contenido, y

¹⁶ OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. “La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana”. Lima 1941. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941. p. 9

que las partes se relacionan entre sí. Por lo general, la conclusión del acuerdo se realiza en forma sucesiva, la parte que propone a la otra la conclusión del contrato y tiene la iniciativa, es el oferente u ofertante, su declaración de voluntad se conoce como la Oferta, quien resulta destinatario de dicha oferta, y resuelve aceptar la misma, se denomina aceptante. En las hipótesis del autocontrato en la representación, en una sola persona se perfeccionaría la relación contractual, es decir las declaraciones de voluntad que integran oferta y aceptación (consentimiento), provendrían de una sola persona, que podría ser que una persona obre en nombre y cuenta de dos partes (oferente y aceptante), por cuanto dos personas le han otorgado poder para la realización de uno o varios determinados actos jurídicos; o que una persona manifiesta su declaración en su propio nombre y en el de la persona que previamente le ha otorgado poder de representación. No es necesario para que se forme un contrato la concurrencia de dos o más personas, sino que haya dos o más partes. No habría razón para la oposición de esta figura, a la cual un sector de la doctrina se ha opuesto, entre ellos Hupka¹⁷, quien sostiene que él no niega la existencia del autocontrato, lo que si considera discutible es el problema de si el autocontrato necesita de regulación legal para ser válido como tal, o si en las legislaciones que no contemplen dicha figura corresponde su regulación al contrato.

El jurista peruano Manuel Pablo OLAECHEA DU BOIS, es del criterio que ante:

“La circunstancia de ser una sola persona la que representa dos o más patrimonios especialmente en los caso de representación, la posibilidad de un conflicto de intereses. En tales casos, decía el Tribuno Faure, precisa evitar que se pongan en pugna el deber y el interés”¹⁸

Más adelante el citado jurista, en cuanto a admitir el auto contrato, estima que existen dos posiciones. La primera, admite el autocontrato como excepcional. La segunda posición, admite sustentada en la autonomía privada, por licitud y aceptación.

“ (...) Siendo preferible la segunda”¹⁹

6.17.1. TESIS NEGATIVISTA.

Esta corriente niega su carácter de acto representativo, a partir de los requisitos del contrato, teniendo entre sus suscriptores a Baudry-Lacantinerie, Leonhard, Lepa,

¹⁷ HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. p. 259.

¹⁸ OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. "La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana". Lima 1941. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941. p. 10

¹⁹ OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. "La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana". Lima 1941. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941. p. 10

Bechmann y Muskat (cítados por Jorge Garrido Lago: 1985) Entre los argumentos de esta corriente, se tiene que desde el punto de vista psicológico no es posible el autocontrato, agregando: *“Puedo querer solo, pero no puede consentir solo”*. Asimismo, consideran que se daría en el mundo interior, cuando el contrato es emitido al exterior. Otro argumento recae en que contradice al concepto de consentimiento. Por último, en opinión de Lafaille, su rechazo es porque no existiría el *“acuerdo de voluntades”*. Otra razón invocada es que se evitarían abusos del representante en su propósito de obtener ventajas. Por último, Traviesas argumenta que no existe la deliberación, carácter propio del contrato.

Olvidándonos de los requisitos del contrato, es innegable que esta figura jurídica es factible de plasmarse en hechos concretos, por lo cual muchas legislaciones la han consentido, otras no, pero por la utilidad práctica de la institución, los sistemas que lo rechazan han venido cediendo estableciendo excepciones a la prohibición. Teniendo en cuenta la premisa anterior, ubicamos a quienes defienden su prohibición y consiguiente ilegalidad.

El Código civil alemán, en su prohíbe expresamente el autocontrato, señalando:

“Artículo 181°.- El representante, salvo autorización en contrario, no podrá celebrar en nombre del representado acto alguno consigo mismo obrando en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que dicho acto consista en el cumplimiento de una obligación.”

Dicho artículo, sin embargo no se aplica, en casos en que el negocio jurídico “consiste en el cumplimiento de una obligación”, o ante una autorización especial, sea por parte del representado o la ley (artículo 1009, del B.G.B). Y la doctrina²⁰ se ha manifestado, que aún en los casos de la misma prohibición, la realización de dicho acto no trae consigo la nulidad del mismo, sino que se produce una “relación de dependencia”, que hace necesario una autorización posterior del representado para la conclusión del negocio jurídico.

Siguiendo la misma línea de ideas, el Código Civil italiano también prohíbe el autocontrato en los siguientes términos:

²⁰ OERTMANN, Paúl. “Introducción al derecho civil”. Barcelona 1933. Traducción por del alemán de Luis Sancho Seral. Editorial Labor. pp. 321-323

“Artículo 1395° Es anulable el contrato que el representante realiza consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiera autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.”

El Código Civil francés y los códigos inspirados en él, entre ellos el español, no lo contemplaban salvo algunas prohibiciones específicas, especialmente en representaciones legales y necesarias.

Sin embargo con el transcurrir del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia, encontraron la sustentación de su aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad. Prohibida o admitida como institución en general, lógicamente que no debe ser permitida en determinados casos, que por su naturaleza justifique su prohibición como por ejemplo: a) Por razones ético-morales, cuando es contrario a la moral y buenas costumbres. (C.C. argentino), b) Cuando exista conflicto o colisión de intereses, c) Si el acto va producir perjuicio a representado, etc. De otro lado, de las tesis negativistas, se han sistematizado los siguientes casos excepcionales de procedencia que imposibiliten cualquier abuso: a) Si el acto responde a interés del representado, b) Si con el acto el representante va obtener únicamente una ventaja jurídica.

6.17.2. TESIS POSITIVISTA.

Con las limitaciones del caso los códigos modernos vienen admitiendo al autocontrato, en contraposición a las tesis negativistas. Los autores modernos y la jurisprudencia, encontraron la aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad, sobre todo en hacer lo que la ley no prohíbe. Garrido Lago (1985), sistematiza los alcances de estos criterios, así menciona a Kómer, quien sostiene que en el autocontrato se afectan dos patrimonios o esferas patrimoniales distintas. Por su parte, Rumelin considera su admisión, a condición que el acto contractual sea controlable y responda a interés del representado. El propio Garrido suscribe la tesis positivista, explicando el sustento en la concurrencia de dos declaraciones de voluntad, que es propio del contrato, las mismas que obedecen a la existencia de dos intereses patrimoniales diferentes y contrapuestos. Ahora bien, en los casos del autocontrato propiamente dicho o negocio consigo mismo, debe tenerse en cuenta que en el contrato intervienen dos partes, pudiendo ser factible que una persona intervenga en contrato en

representación de ambas partes contratantes. Spota explica esta factibilidad:

“La condición de que medie acuerdo entre varias personas(en el sentido de dos o más partes) es la regla general para que exista contrato, pero es observable que se puede dar el caso de que nos enfrentemos ante una sola persona y, sin embargo, el contrato ha surgido porque existen, en realidad, dos o más partes”²¹

Recapitulando las ideas, y sintetizando las mismas afirmamos que para las tesis negativistas, la prohibición es la regla y la admisibilidad la excepción, y para los positivistas es lo contrario, en base al principio de la autonomía de la voluntad.

En estos contratos, el representante contrata en nombre de otro, pero teniendo como contraparte a él mismo. El Código Civil sanciona con la anulabilidad (artículo 166°), salvo que la ley lo permita o este autorizado plenamente por el representado o que el acto excluya un conflicto de intereses.

6.18.- DIFERENCIAS ENTRE LA REPRESENTACIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES O FIGURAS JURÍDICAS

Relativamente la representación es una figura nueva en el firmamento del Derecho, por exigencias de la economía, y de las mismas circunstancias históricas que nos toca vivir, se ha tenido que abrir paso de manera muy auspiciosa, porque una de las mayores corrientes del pensamiento jurídico ha sabido auspiciar su ingreso y permanencia en la ciencia jurídica. La utilidad práctica, y fácil adecuación a los diversos medios, ha contribuido que la representación tenga una presencia destacada en el Derecho moderno, entonces resulta de suma importancia delinear, las diferencias con otras figuras cercanas.

6.18.1.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y MANDATO.

Históricamente dos instituciones que han tenido una vida de enfrentamiento, confusión, y desunión. En efecto, era previsible en el mandato, de la manera como

²¹ SPOTA, Alberto G. "Instituciones de Derecho civil, Contratos". Tomo VIII. Buenos Aires 1983. Ediciones Depalma. pp. 16-17.

se encontraba configurado en el Derecho Romano (despojado de la idea de la representación directa), que se regule y conciba de manera autónoma., sin embargo en el transcurso del tiempo se llegó al extremo de confundir una y otra figura, de tal manera que en la primera regulación moderna de importancia (Código Civil Francés de 1804, ambas figuras aparecerán confundidas, en una). La representación, es conocida con Hugo Grocio y los Ius Naturalistas Racionalistas, (aun no, con las características establecidas por la doctrina moderna, de influencia alemana), la confusión entonces tendrá vigencia hasta la llegada de los pandectistas alemanes del siglo XIX.

La doctrina, la jurisprudencia, y legislación en el derecho comparado, a partir del Código Civil francés de 1804, incurrieron en el error de situar la relación jurídica entre representante y representado en la órbita del contrato de mandato, equiparando los conceptos de mandato y representación.

En la doctrina nacional, con ocasión de la reforma del Código Civil de 1984, uno de los propulsores de la materia, en el área de mandatos, fue Carlos Cárdenas Quirós (es lo que tenemos informado por las fuentes bibliográficas consultadas), y justamente el primero que trajo el tema de la relación del mandato y la representación. Después de constatar, lo que Cárdenas Quiroz llama "error generalizado" (en los Códigos Civiles de Francia, Republica Dominicana, Bolivia, Congo Belga, Argentina, Uruguay, Brasil, Etiopia y de la República Federativa Soviética de Rusia), señala:

"El Código de 1936 no fue una excepción a esa censurable tendencia. Si bien el artículo 1627 establecía que "por el mandato, una persona encarga el desempeño de ciertos negocios, a otra que los toma a su cargo" -definición que por cierto responde a las características propias del mandato-, el artículo 1640, según el cual "el mandatario está obligado a expresar en todos los contratos que celebre, que procede a nombre de su mandante", aclaraba -por decirlo de algún modo- que para el legislador de 1936 la representación era un elemento que integraba "el contrato de mandato"²².

El mandato es un contrato, es decir nace de un acuerdo de voluntades, acuerdo formado por dos partes: el mandatario, quien adquiere y contrae obligaciones él mismo, y el mandante quien debe liberarle de las mismas frente a los terceros con quienes contrató para él; hay un acuerdo entre mandante y mandatario, que tienen una vinculación que cumplir consistente en una prestación y contraprestación,

²² CARDENA QUIROZ, Carlos. "Estudios de Derecho Privado I". Lima 1994. Ediciones Jurídicas. p. 527-528

respectivamente. En la representación, el representante actúa dentro de los límites de su poder de representación, no contrae obligaciones para sí, las contrae directamente para su representado, y lo más importante requiere sólo la declaración del poderdante.

El contrato de mandato puede ir unido al poder de representación, pero tal unión no es un rasgo característico, o sea no es esencial del mandato la función representativa, por todo ello el Código Civil peruano regula al mandato, con y sin representación. Además Cárdenas Quirós²³, encuentra las siguientes diferencias:

"El acto Jurídico de otorgamiento de un poder de representación (acto de apoderamiento), es uno de naturaleza unilateral y de carácter recepticio. El mandato, por el contrario, es un contrato, esto es, un acto jurídico plurilateral.

La esencia del mandato es que mediante su ejecución se pretende la realización de un servicio personal, pero no en nombre de alguien, sino por su cuenta e interés. Este es precisamente el contenido que el contrato tenía en el Derecho Romano. Por consiguiente, las consecuencias de los actos realizados por el mandatario con terceros se producen en su propia esfera jurídica y no trascienden a la del mandante. Para ello será preciso que se realice un acto de retransmisión de los bienes adquiridos en ejecución del contrato, del mandatario al mandante.

En el caso de la representación ocurre todo lo contrario, en la medida en que los efectos de los actos celebrados por el representante en nombre del representado se producen directamente en el patrimonio de éste".

Y el jurista Iturriaga Romero²⁴, señala:

"El apoderamiento es un acto de voluntad de un sujeto, que no encierra ninguna obligación para el apoderado, el cual puede ejercer o no las facultades que le da ese apoderamiento: el apoderado recibe pero no da nada".

En la representación, el apoderado no tiene la obligación de actuar, a diferencia del mandatario, el cual sí está compelido a cumplir la obligación, derivada de una relación contractual. De lo expresado resulta que el *dominus negotii* no tiene la facultad de exigir al apoderado, el cumplimiento del encargo investido. El representante tiene facultad para actuar, pero lo que no tiene es obligación para hacerlo.

6.18.2.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR

²³ CARDENA QUIROZ, Carlos. "Estudios de Derecho Privado I". Lima 1994. Ediciones Jurídicas. p. 530-531

²⁴ ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 138.

Son muchas las posturas en doctrina para explicar esta figura de “*contrato por persona a nombrar*” (Código civil peruano, artículos 1473-1476), y van desde una aproximación a las obligaciones alternativas, con facultad para el deudor o el mismo acreedor, de escoger la persona obligada, hasta la presencia de una “*representación in incertam personam*”, pasando por la idea de una autorización condicional del estipulante de hacerse sustituir por un tercero, y sin excluir la posibilidad de considerarla como una pluralidad de negocios sujetos a condición. Más allá de todo, queda que en esta figura se pone de manifiesto el efecto de la sustitución de una persona por otra en la titularidad del acto jurídico, y es este punto que motiva a ver una especie de representación eventual, que sólo fuera porque a la postre los efectos de la actuación del contratante inicial-agente, van a parar directamente al patrimonio del *dominus negotii*, no obstante esto no podría ocurrir cuando la prestación a cargo de la parte secreta tiene la particularidad de contener una prestación *intuitu personae*. Un sector de la doctrina configura el “*contrato por persona a nombrar*”, como una especie de representación frente a persona incierta, en palabras del jurista italiano Santoro Passarelli, una: “Representación *eventual in incertam personam*”²⁵

La designación del tercero no produce los efectos esperados, correspondientes a la función de la figura, sin el asentimiento de dicha persona a nombrar, es de capital importancia el momento de la aceptación de la persona a nombrar (Artículo 1474° del Código civil peruano). En Derecho comparado, encontramos en el Código Civil Italiano de 1942, el artículo 1404°, que prescribe en el sentido que: “*La declaración no tiene efecto si no va acompañada de la aceptación de la persona indicada o si no existe una procura anterior al contrato*”. Si el estipulante indica oportunamente el nombre de la persona que ha de ocupar su posición contractual y comprueba haber estado provisto de poder suficiente al respecto, o si exhibe un poder posterior otorgado al efecto por ella, o si la persona designada se presenta a aceptar (ratificar) adecuada y oportunamente, el contrato se considera celebrado por ésta desde un comienzo, sin vinculación alguna del estipulante, cual ocurre, según el caso, en la representación directa o en la gestión ratificada, por ello cierta doctrina ve en estos detalles, una hipótesis que puede remitir a la representación sin poder, indirecta, en la que no podría opera la *contemplatio domini*.

²⁵ SANTORO PASSARELLI, Francesco. “Dottrine generale del diritto civile”. Napoli 1986. ., p. 293. Citado por HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.468.

Consagrado en el Código Civil Italiano de 1942 (artículos 1401 a 1405), acogido jurisprudencialmente en Francia, el Código Civil peruano de 1984, se adhiere al modelo italiano, transcribiendo los cuatro artículos de este (artículos 1473 a 1476). Finalmente no debemos perder de vista lo que señala la doctrina italiana, en el sentido que la figura del contrato por persona cuyo nombre se indicará posteriormente, fue ajena al derecho romano; aparecerá esta figura en el derecho común como un mecanismo para que las personas de alta condición social pudieran adquirir inmuebles en remates, sin figurar en la operación y, por lo mismo, sin exponerse

6.18.3.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.

Por definición en el contrato a favor de terceros (artículos 1457-1469 del Código civil de 1984), participan dos personas; el estipulante y el promitente, y celebran entre sí en nombre y por cuenta propia un contrato dirigido a atribuir a un tercero que no es parte del contrato, toda vez que es un extraño a la perfección del mismo, por un determinado beneficio. La singularización de dicha parte corre de cuenta del estipulante, a cuya discreción, frente a la contraparte, está declarar el nombre u omitir su indicación. Es una prerrogativa suya, a la vez que un deber (carga). Ahora bien, para que los efectos del contrato (derechos, y obligaciones) se generen en la persona cuyo nombre se indica luego, no bastan la advertencia o reserva previa y la designación posterior. Sabemos que la eficacia de la actuación sobre el patrimonio ajeno está subordinada a la presencia previa de un poder o a la ratificación ulterior del acto, requisitos que aquella reserva e indicación no obvian. No obstante, los efectos son entre las partes, y el tercero sólo adquiere el derecho cuando lo acepta (artículos 1458, y 1460° del Código Civil peruano) PACCHIONI nos dice:

“¿Cómo se distinguen los contratos a favor de terceros de los celebrados por medio de representante (...)? Cuando el contrato es celebrado por el estipulante en su propio nombre, pero a favor de un tercero, estamos frente a un verdadero contrato a favor de terceros; cuando por el contrario, el estipulante contrata a nombre del tercero se está frente a un contrato celebrado por el representante.”²⁶

Por su otro lado, el jurista español Manuel Albaladejo, respecto a la diferencia del poder con el contrato a favor de tercero, dice que:

²⁶ PACCHIONI, Giovanni. “Los contratos a favor de terceros”. Madrid 1948. Editorial Revista de Derecho Privado. p. 182.

“Es diferente la representación, del contrato a favor de tercero (...) en éste dos personas –una de ellas el estipulante, que es el que podría ser confundible con el representante- celebran entre sí, en nombre y por cuenta propia un contrato dirigido a atribuir un beneficio (generalmente un derecho) al tercero, que es extraño a la conclusión del contrato”²⁷

Asimismo, sostiene Albaladejo, que en cuanto a los efectos, los negocios representativos se producen a favor y en contra del representado y de la otra parte; y en el contrato a favor de tercero, se producen a favor o en contra de las partes, y puntualiza que únicamente resulta la adquisición de un derecho a favor del tercero, cuando éste lo acepta.

6.18.4.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN CON LA PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O HECHO DE UN TERCERO.

Esta figura denominada también “promesa de hecho ajeno” (regulada en el Código civil de 1984, artículos 1470-1472), en opinión autorizada de la doctrina nacional de mayor predicamento, José ITURRIAGA ROMERO²⁸:

“se reduce, (...) a una garantía que obliga solamente al promitente el cual deberá pagar una indemnización en caso que el tercero no cumpla lo ofrecido”.

La única semejanza, y diferencia probable entre esa figura y la representación, estaría con relación a la representación directa; pero aun así la situación es clara, toda vez que en ambas el gestor que actúa en el acto dice que él no es el obligado, no obstante que ese detalle es más enfatizado en la representación, pues en ella está comprendida el concepto de la: “Contemplatio Domini”, y en la otra figura no aparece tal exigencia. Por ello, opina el mismo José ITURRIAGA ROMERO:²⁹

“Pero mientras que en la representación directa esa declaración es hecha en nombre del obligado, en la promesa de hecho del tercero es en el propio nombre del promitente, el cual, aunque declara que la obligación la cumplirá un tercero, no dice que actúa en nombre de éste ni tampoco se exime de responsabilidad sino que, todo lo contrario, garantiza el hecho del tercero.”

²⁷ ALBALADEJO, Manuel. “El Negocio Jurídico”. Barcelona 1958. Librería Bosch. pp. 346/347

²⁸ ITURRIAGA ROMERO, José. “La Representación en el Derecho Privado”. Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 245.

²⁹ ITURRIAGA ROMERO, José. Ob. Cit. p. 245.

6.18.5.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y CORRETAJE.

El corretaje, no es un contrato, es acto o hecho jurídico que sirve para facilitar la celebración de un contrato. Se asemeja al corretaje matrimonial, que está ampliamente regulado en los Códigos Civiles modernos. El corredor es la persona que en razón de su conocimiento de los mercados, se encarga como intermediario de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que se celebre un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

El corredor se limita a aproximar a las partes y no es, por ello, un representante. Existen dos partes contratantes, y curiosamente él obra para ambos. Es un intermediario que procede con total independencia. Por consiguiente, cuando negocia un contrato, este no se entiende definitivo sino luego del acuerdo de las partes, a menos que haya recibido mandato para cerrar la operación.

6.18.6.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y NUNCIO.

En el mundo moderno, se usan indistintamente términos que dan cuenta del actuar por otro, así se habla de gestor, mandatario, apoderado, representante, nuncio, todos ellos intervienen en la celebración de un acto jurídico relativo a intereses ajenos. Sin embargo, cuando se trata de emplear los términos jurídicos con rigor conceptual, sin duda el primer deslinde viene a darse entre quien tiene poder o atribuciones decisorias, por reducido que sea, y quien apenas es un transmisor de la decisión ajena. El primero es un representante, el segundo es el nuncio, correo, o portavoz, que no actúa con voluntad propia.

Se da la nunciatura cuando al agente no se le deja ninguna facultad de determinar el contenido del contrato. El nuncio carece por completo de autonomía, reproduce una

voz, transmite un mensaje, entrega un recado, es un instrumento de la voluntad de otro, al igual que el correo o el telégrafo. Todo lo contrario ocurre con el representante, quien tiene que realizar el negocio por su propia voluntad.

En oportunidades es difícil establecer si el intermediario es nuncio o representante, es decir, si es un mero transmisor o tiene alguna posibilidad decisoria y habrá de optarse entre ambas figuras mirando cómo actuó; si los términos de la investidura no le permiten la menor separación de las instrucciones recibidas del interesado, o si le dan un margen frente a situaciones imprevistas. Los dos cumplen un encargo. En todo caso, el nuncio es, por definición, extraño a la decisión negocial.

El interesado puede delegar en otra persona el cuidado de sus asuntos o uno o varios en singular, o reducir a emplear a alguien como correo. En este caso, asume los riegos de la alteración que el nuncio introduzca al mensaje que transmite. En ese orden de ideas, *la falsa nunciatura, o incluso la falsa representación*, no tiene por qué afectar los intereses del interesado, toda vez que a igual razón, igual derecho. De manera que si bien el acto *del falsus procurator* es ineficaz frente al *dominus*, por carencia de legitimación, esto es, de poder para injerirse en la esfera jurídica ajena; la declaración *del falsus nuntius*, es igualmente fútil frente a él, por ausencia del encargo. En esa hipótesis, uno y otra son susceptibles de ratificación.

6.18.7.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y COMISIÓN.

La comisión es un contrato mercantil, o comercial, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 237 del Código de Comercio, el cual estipula que un comerciante, denominado “comisionista”, se obliga a realizar, bien en nombre propio o en nombre de otra denominada “comitente”, uno o más actos u operaciones de comercio, individualmente determinados por este último, durante cierto tiempo, a cambio de una comisión entendida como retribución por la labor desempeñada.

En esta definición existe una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios actos (“operaciones”, diría el Código), en principio en nombre propio, pero por cuenta ajena, aun cuando también podría hacerlo en nombre de otro. Por principio la comisión es indelegable. El comisionista debe custodiar los bienes que tenga en su poder en razón del encargo y responde de su pérdida, con responsabilidad que llega hasta el

patrimonio genérico. La comisión termina con la muerte o la inhabilitación del comisionista. A la comisión le son aplicables las normas que disciplinan el mandato, por *analogía legis*. El comisionista obra en su propio nombre y por cuenta del comitente, y tiene un poder de iniciativa. No es un mandatario, porque obra en su propio nombre. Tampoco es un presta-nombre: la convención de presta-nombre permite realizar secretamente un acto; por el contrario, el comisionista es ostensiblemente un intermediario: declara que obra en nombre propio y por cuenta ajena, de alguien cuyo nombre no revela. La situación constituye una representación imperfecta. Sus actos y los de los intermediarios a quienes sustituye lo comprometen personalmente y vinculan su responsabilidad.

CAPITULO VII

EL PODER

7.1.- CONCEPTO DE PODER.

Cuando de ordinario, las partes del contrato coinciden con las partes de la relación que surge de aquel, es decir son unas mismas, se ensambla sólidamente la relación jurídica. No obstante, ocurrirá lo contrario cuando interviene otra persona, que sustituye a uno de los sujetos negociales y por cuya mediación los efectos de la disposición se radican directamente en el patrimonio de éste, se produce necesariamente una disociación.

Es pacífico en doctrina y legislación, de que la representación puede ser legal (*necesaria*), o negocial (voluntaria). La primera, tiene como fuente, la ley, y responde, primordialmente, a la incapacidad del representado, y en menor medida, a su ausencia. La segunda tiene como fuente un acto de apoderamiento (*rectius*: procura), potestativo del poderdante, por lo tanto realiza el interesado (*dominus*) por razones de conveniencia, comodidad o necesidad. Es decir, en el primer caso el poder proviene de la ley, es el resultado de una heterodeterminación. En el segundo, se basa en una procura, constituye el efecto de una autodeterminación.

Siendo posible actuar a nombre ajeno y obtener que los efectos del negocio así celebrado se derive a la persona por quien se obra; es indispensable contar con un poder, que surja de un previo acto de apoderamiento: un negocio de procuración (procura, *Bevollmächtigung*), una calidad legal por sí sola, o un discernimiento de juez. En los tres supuestos, un título que autorice la injerencia en la esfera ajena: negocial (que no solamente convencional), o por extensión (apariencia, agencia oficiosa), legal, judicial (o administrativa).

El poder tiene muchas fuentes, podría nacer de la ley, exclusivamente (*ope legis*), o de esta y su puntualización en un acto judicial (*ope iudicis*) o administrativo, o de una disposición estatutaria de la persona jurídica, sola o desarrollada por una decisión de la junta de socios o de la junta directiva, o de un acto del interesado. Por ello, la nota distintiva de la procura es que la autonomía es funcional, y no necesariamente estructural.

Al poder, es pertinente ubicarlo dentro del contexto de la representación y diferenciarlo de otras instituciones. Así, en cuanto a su significado se le confunde con el documento en sí, con el acto que le confiere (acto representativo o apoderamiento); y, con la situación jurídica del apoderado. De igual modo, diferenciarlo de otras denominaciones, como: "apoderamiento", "autorización", "facultad de representar". En todo caso el vocablo similar es el de "poder de representación". Otro sector doctrinario circunscribe la definición sobre el acto de apoderamiento, antes que sobre el poder, estableciendo así una definición independiente.

La doctrina nacional, en el pensamiento jurídico de Juan Espinoza Espinoza, establece un concepto, sintético y a la vez preciso, concibiendo:

"Por poder se puede entender tanto la facultad otorgada por el representante al representado, como la situación jurídica en la cual se encuentra este último"¹

La doctrina argentina, en el pensamiento jurídico de uno de sus exponente que estudia con profundidad y amplitud, el mandato y el poder, Ernesto A. SANCHEZ URITE, establece:

"(...) debemos colocar el término poder en su significación y alcances precisos, o sea que cuando una persona actúa con poder de representación en nombre de otro, tenga reunidos todos los requisitos necesarios para que ese acto que realiza, produzca sus efectos directa e inmediatamente en la persona del representante, como si este mismo hubiese realizado el acto. Poder es entonces, la facultad de representación que tiene una persona de otra. El acto por el cuál se inviste a una persona de la facultad de representación, se denomina acto de apoderamiento o procura; y el acto se realiza esta persona en virtud del poder de representación que se le ha conferido, se denomina negocio representativo"².

En la reputada doctrina alemana, el jurista Josef HUPKA, procurando delimitar el concepto de poder, y conceptualizar el poder, señala:

"El termino 'poder' (vollmacht) ha sido empleado por los juristas del derecho común con muy distintas significaciones. En el sentido más amplio significa cualquier forma de poder jurídico de disposición sobre el patrimonio ajeno (cfr.; por

¹ Espinoza Espinoza, Juan. "Acto Jurídico Negocial" Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima 2008. Editorial Gaceta Jurídica. p. 108.

² SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p. 27.

ejemplo Windscheid, pandekten, I 74, n 1; Brinz Pan C. 2ª Edición. II, p. 775 n. T 9). Ordinariamente, sin embargo, se limita ese concepto al campo de la representación, sin que por esto adquiriera una significación fija, ... designa solamente la facultad de representación fundada en la voluntad de las partes, o la declaración de voluntad emitida por el principal y constitutiva del poder, o el documento en que consta ese poder. Modernamente es general la tendencia a limitar la expresión 'poder' (vollmacht) a la declaración, dirigida a los terceros"³

Mas adelante, el notable jurista alemán, señala que poder:

"Es la capacidad de ejecutar con éxito un acto jurídico, se trata de un poder material en oposición a una situación de impotencia, de una potestad, que en realidad encierra en si ordinariamente el poder de obrar lícitamente ..." El citado autos nos define asimismo el acto de apoderamiento como: "La concesión del poder necesario para una representación eficaz"⁴.

Las definiciones centran su atención en la facultad y capacidad (aptitud), para actuar en representación de una persona, pero sin hacer coincidir a ambas, dejando incompleto el alcance real que tiene, así como su contenido. Recapitulando las ideas, entendemos el poder como la investidura, mediante el cual se indica la correspondiente atribución, procura o acto de apoderamiento en la representación voluntaria, autorización conferida por el *Dominus Negotii* al representante, para realizar actos jurídicos de representación, invistiéndole de facultades, acto de disposición, unilateral, autónomo, denominado *procura* en sentido estricto, sub-especie de la representación; en el supuesto de la representación legal, el poder viene directamente, *ope legis*, por la relación de parentesco, o indirectamente, con la mediación del juez o de la autoridad administrativa, que acoge la designación de progenitor, testador, donante, o nombra al representante; mientras que en la representación orgánica, el apoderamiento se remite sin más a la norma jurídica para la generalidad de las personas jurídicas de derecho público, o a los estatutos de la sociedad, la corporación o la fundación, que en veces exige su desarrollo en una elección por parte del órgano interno competente. Y en la llamada representación voluntaria, puede hablarse en términos generales de un *acto de apoderamiento*, tradicionalmente asimilado al mandato o que deriva de él o de cualquier otro negocio de gestión. El poder es simple y exclusivamente un acto de autorización, esa es su función práctica, y de indudable trascendencia económico-social, que se agota en la investidura. El poderdante autoriza al apoderado para entrometerse en lo suyo; es deber de aquel proceder de conformidad y en los términos establecidos.

³ HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. pp. 9-10.

⁴ HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. pp. 28-29.

7.2.- DIFERENCIAS ENTRE EL PODER Y OTRAS INSTITUCIONES O FIGURAS JURÍDICAS

La doctrina consultada para la presente investigación, y más la propia legislación, no han logrado diferenciar a ciencia cierta el poder, del apoderamiento, como tampoco la *relación interna* entre interesado y gestor, de la *relación externa*: gestor y tercero, y menos la conexión entre ellas, con su repercusión sobre la esfera patrimonial del *dominus*. De esta manera, es usual la polisemia, cuando no la asimilación, de los sustantivos y verbos relativos al poder, a la representación, y más ampliamente a la intermediación.

Para que una figura o institución jurídica se ha tal, una de las maneras de establecer su esencia, y existencia, es contrastando con otras en sus diferencias y similitudes, partiendo de entender la misma figura en sus elementos o notas características. La doctrina más reputada viene considerando, desde LABAND, el apoderamiento como un negocio jurídico independiente del existente entre poderdante y apoderado que lo determina y en virtud del cual se crea, al que llamaremos relación subyacente. Se asume que el apoderamiento es un negocio abstracto, en cuanto que su efecto deriva del negocio de concesión de poder y no se ve influido por las vicisitudes de la relación subyacente. Ahora bien, ¿Cómo entenderíamos el carácter abstracto? El carácter abstracto es necesario entender como lo que es, es decir de manera peculiar, por cuanto si bien no hay duda de que el negocio de concesión de poder, el negocio de apoderamiento tiene una causa típica: hacer un poder de representación, se da una peculiaridad y es que el apoderado pueda celebrar negocios jurídicos (y otros actos). Si en lugar de entender por causa el fin práctico o empírico que se propone alcanzar el autor o autores del acto ó negocio, la identificamos con su función económico-social, también posee el negocio de apoderamiento su propia causa: el favorecer la conclusión de negocios o actos jurídicos por una persona distinta del sujeto al cual va a afectar lo realizado, facilitando la cooperación de las personas a la gestión de intereses ajenos. Por tanto, no se puede decir que el apoderamiento sea un negocio abstracto en el sentido usual de que carece de causa. Otra cosa distinta, y entonces el problema tiene sentido, es si damos a la relación subyacente el carácter de causa porque desde ella, y para facilitar su cumplimiento, se ha dado el poder (por ejemplo, el mandatario acepta el encargo de vender una casa, y el mandante le otorga el correspondiente poder para que lo

cumpla).

El apoderamiento se puede conceptualizar como abstracto si funciona totalmente desvinculado de la relación subyacente, en otras palabras, si pese a no existir por no haber nacido, por ser ineficaz, por haberse extinguido, o por ser ilícita, el apoderamiento es eficaz. De la misma forma, si el apoderado debía de haber actuado conforme a la relación subyacente (por ejemplo, en el ejemplo anterior, el mandante le autoriza a vender no bajando el precio de una determinada cantidad), si no lo hace no por ello el negocio celebrado dejará de ser válido. Es claro que una doctrina semejante facilita el tráfico jurídico, su movilidad y su rapidez. En el conflicto entre el interés del dominus negotii y el del tercero que contrata con su apoderado es preferido este último. Quien concede un poder de representación sabe a lo que se expone.

El problema de la independencia entre apoderamiento y relación subyacente reviste un cariz completamente distinto según que se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado o con terceras personas. Entre poderdante y apoderado es evidente el carácter causal de apoderamiento y su absoluta vinculación a la relación subyacente. La cuestión se plantea únicamente desde el punto de vista de los terceros. La seguridad del tráfico jurídico y un normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas exige que los terceros que contraten con el apoderado no tengan que conocer, examinar, investigar o preocuparse por estas internas relaciones existentes entre apoderado y poderdante y que puedan confiar exclusivamente en el existir externo del negocio de apoderamiento con su contenido. Ahora bien, un riguroso planteamiento del tema exige distinguir nítidamente los casos en que el tercero actúa de buena fe de aquellos otros en que la buena fe no existe. El criterio de la buena fe del tercero es en nuestro Derecho positivo, básico para determinar la manera de funcionar el apoderamiento. Por ello no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe. La idea matriz consiste en comprender que para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de la relación subyacente. Por el contrario, para quien no es un tercero de buena fe la relación subyacente, debe influir en la eficacia del apoderamiento. La especial protección que la independencia entre apoderamiento y relación básica supone, requiere que el protegido reúna la calidad de tercero de buena fe.

Al poder también se le ubica como una forma o especie de autorización, siendo otras la ley y la ratificación.

A continuación el autor mencionara las diferencias del poder con otras figuras jurídicas.

7.2.1.- DIFERENCIAS ENTRE EL PODER Y EL NUNCIO

El apoderado forma y emite una voluntad propia, aunque lo haga en nombre y por cuenta de otro. El apoderado, tiene que realizar el negocio por su propia voluntad. El mensajero, *nuntius* o nuncio actúa de una manera totalmente distinta, es sólo un auxiliar en la manifestación de voluntad de los contratantes, es un facilitador que contribuye a que la declaración que se le dio pensada, llegue a su destino, éste no tiene participación activa en la formación de la voluntad del acto jurídico, es un mero instrumento sin voluntad propia que se limita a transmitir lo que se le ha predeterminado. El maestro Anibal Torres Vásquez, enseña respecto al nuncio, que:

“El nuncio (*nuntius*), emisario, mensajero, portavoz o transmisor de noticias es un colaborador material del *dominus negotii*. El nuncio carece de toda iniciativa en la formación del negocio, se limita a comunicar a otro la declaración de voluntad del *dominus*”⁵

El mismo, Aníbal Torres Vásquez, respecto al poder, estima que:

“El *poder* da al apoderado la potestad de producir efectos jurídicos a favor y en contra del poderdante, mediante los actos jurídicos concluidos en su nombre”⁶

En síntesis, el nuncio tiene una voluntad ajena; el apoderado tiene voluntad propia. El nuncio comunica la voluntad del dominus, el apoderado celebra acto jurídico. El nuncio actúa en nombre del *dominus*, el apoderado en nombre propio. El nuncio sólo actúa en actos no formales, el apoderado actúa además en actos formales.

7.2.2.- DIFERENCIAS ENTRE EL PODER Y LA REPRESENTACION.

El poder, es tanto la facultad otorgada por el representante al representado, como la situación jurídica en la cual se encuentra este último. ¿Es así en todo tipo de Representación?, si es así en todo tipo de representación. Sin embargo, sólo en la representación directa el representante tiene el deber de manifestar que obra

⁵ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 344.

⁶ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 346.

en su condición de tal, a ello la doctrina denomina *contemplatio domini* (expresión del nombre del *dominus*), y buena parte de la doctrina ve en él un requisito de "intención de obrar por cuenta del otro", "elemento psicológico". El representante tiene el deber (carga u obligación según el caso) de hacer presente que no obra para sí y por cuenta propia, sino que obra por cuenta ajena y, primordialmente, el de declarar el nombre de la persona por y para quien obra, y a la que así, naturalmente, irán a parar los efectos de su actuación (negocio o acto). Se trata de un *modo especial de obrar* del sujeto, que es condición del efecto propio de la representación sobre la esfera jurídica del interesado, a la vez que de la "alienidad" absoluta del representante en lo que hace a los efectos de su actividad frente al tercero. La *contemplatio domini*, obligación, deber o carga del gestor, o representante, no aparece como tal en el apoderado, lo cual no implica que en ocasiones debe expresar el nombre del interesado o *contemplatio domini*.

Por otro lado, Fernando Hinestrosa, precisa un alcance de la contribución de la doctrina alemana, en la configuración de la Representación y su distingo del Poder, señalando que:

"El representante no obra con base en la voluntad del representado, sino sobre la base del poder (*Prokura*)"⁷

¿Qué comprende el Poder?, Comprende el ejercicio de las facultades investidas por el poderdante al apoderado, legitimación que haga válido el acto de representación.

Es necesario distinguir la autorización conferida para realizar ciertos actos, como por ejemplo para utilizar la imagen o la voz, contemplada en el artículo 15° del Código Civil de 1984, y aquella autorización que confiere facultades para realizar actos en representación del *dominus negotii*, como un contrato de compra venta de inmueble.

En el primer caso los actos efectuados por quien tiene autorización, no importan representación del autorizante, sino ejercicio del poder del autorizado.

En el segundo caso importa ejercicio de poder, y representación.

¿Toda representación requiere de un poder para actuar?. Responde el autor, negativamente, y no, porque si bien es cierto que en la representación voluntaria sí es indispensable, sin embargo en algunas formas de representación legal no resulta necesario, porque importan ejercicio de funciones u oficios

⁷ HINESTROSA, Fernando. "La Representación". Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.101.

establecidos por ley.

El poder es un medio o mecanismo para concretar la representación voluntaria y por consiguiente la actuación ante terceros por parte del representante. Ante la siguiente pregunta: ¿La designación de representante, importa un acto de apoderamiento?. Respondemos que: No necesariamente, ocurre siempre y cuando vaya amparada de las facultades que contiene el poder. En la representación voluntaria, aún cuando no se mencione la designación del representante, el otorgamiento de poder con las facultades pertinentes, lleva implícita la designación de él. La simple designación sin contener las facultades pertinentes es insuficiente, por cuanto estaría vacía de contenido, sin facultades. En aquellas formas de representación, donde las facultades se encuentran detalladas de manera expresa en normas legales, por ejemplo la representación orgánica, donde la designación del representante equivale o significa el acto de apoderamiento, aunque no se precisen sus facultades, porque estas están consignadas en la Ley.

7.2.3.- DIFERENCIAS ENTRE PODER Y MANDATO.

El mandato es un contrato, es decir nace en un acuerdo de voluntades, acuerdo formado por dos partes: el mandatario, quien adquiere y contrae obligaciones él mismo, y el mandante quien debe liberarle de las mismas frente a los terceros con quienes contrató para él. En el poder, el apoderado actúa dentro de los límites de su poder de representación, no contrae obligaciones para sí sino que las contrae directamente para su representado. El contrato de mandato puede ir unido al poder de representación, pero tal unión no es un rasgo característico, o sea no es esencial del mandato, por todo ello el Código Civil peruano regula al mandato, con y sin representación.

El Mandato implica acuerdo de voluntades, con vinculación jurídica de prestación y contraprestación, la celebración del contrato implica un acuerdo entre el mandante y mandatario. En el poder, el poderdante, otorga poder al apoderado, quien puede aceptar expresa o tácitamente, e incluso podría renunciar el apoderado al poder otorgado, y el poderdante podría revocar el mismo, aquí no hay acuerdo, se trata de actos de confianza.

Por otro lado, en el mandato, no puede ser aceptado que el mismo pueda ser celebrado entre personas que no tengan la capacidad necesaria para contratar, o sea que no basta para celebrar el contrato de mandato el tener una capacidad limitada, por ejemplo capacidad volitiva; para celebrar el mandato se debe tener capacidad para contratar (capacidad de obrar). En el poder, en cambio, no es ineludiblemente necesario la capacidad de obrar del apoderado, en el momento en que ejerce el poder. En la doctrina nacional, el maestro Aníbal Torres Vásquez, enseña que:

“Laband –citado por intermedio de Diez Picazo- fue el que caracterizó el poder como una relación jurídica autónoma. Sostiene, Laband, que el contrato de apoderamiento, es un contrato consensual, diferente del mandato, por medio del cual los contratantes se obligan recíprocamente, de tal modo que el efecto de los negocios jurídicos que uno de los contratantes (el apoderado) concluya en nombre del otro (el poderdante) deba considerarse como si el negocio hubiese sido concluido por este último por sí solo”⁸.

7.3.- CONTENIDO

En atención al principio de la autonomía de la voluntad, el poderdante se encuentra facultado para establecer en el poder todas las estipulaciones que considere necesarias, las mismas que no deben contravenir el orden público y las buenas costumbres. Estas pueden comprender aspectos de fondo y de forma, y lo más importante límites en cuanto a su alcance.

El contenido comprende las facultades, su extensión, así como los límites que impone. Hablamos de contenido, cuando nos referimos a la integridad del poder, comprendiendo tanto a las formalidades del acto, como a los actos permitidos y prohibidos que lo contienen.

El contenido tiene suma importancia, porque nos permite medir las facultades del apoderado, establecer la Cooperación jurídica. Sin embargo, el Código añade al apoderamiento voluntario el apoderamiento por ley, con lo cual amplió los alcances de la teoría. Asimismo, al separar el mandato de la representación, se distinguen los efectos de los mismos, excluyendo en la representación los efectos del acto principal para el representante.

⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 347.

7.4.- EXTENSIÓN Y LÍMITES

En cuanto al tiempo, cabe sujetarlos a condición suspensiva, señalando plazo desde el cual hayan de surtir sus efectos. Los actos realizados por el representante con anterioridad no obligan al representando, ni aun después de cumplirse la condición o vencer el plazo, pues el poder no tiene eficacia retroactiva, pero pueden ser objeto de ratificación.

En cuanto a los elementos personales, según que el representante venga autorizado para contratar con cualquier tercero, o sólo con una persona concreta y determinada. La limitación a persona concreta y determinada puede desprenderse del contenido del poder o de la forma de su otorgamiento.

En cuanto al objeto. Hay dos clases de poderes: Especiales, que se refieren a un negocio concreto. Y los Generales, se refieren a cuestiones generales, no específicas.

7.5.- PODER GENERAL

El Código Civil, consagra en *el 1er párrafo del Artículo 155º.- "El poder general sólo comprende los actos de administración"*. Del texto del art. 155 se deduce que la clasificación del poder en general y especial es en base tanto a la extensión de los actos que comprende como a las facultades que se confieren al representante. Esta clasificación sirve para determinar qué actos puede realizar válidamente el representante.

Por las facultades conferidas: El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; son actos de "administración ordinaria" tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración.

El maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, señala dos perspectivas del poder General, la Primera que:

"Por su extensión: (...) Poder general es el otorgado para realizar todos los actos del representado (todos ellos o con algunas excepciones), salvo aquellos para los que la ley

*exige poder especial*⁹.

Asimismo, la segunda perspectiva, es:

“Por las facultades conferidas: El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; el apoderado general «puede ejecutar todos los actos aun de disposición, que tienen por objeto la administración» (Baudry Lacantinerie); son actos de *administración ordinaria* tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración”¹⁰.

El mismo autor refiere que en realidad este poder general es un “poder especial”, en la medida que:

“Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice «poder amplio y general», el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo, firmar vales y pagarés y descontarlos; girar, aceptar, endosar, avalar y descontar letras de cambio; girar endosar y cobrar cheques; abrir y cerrar cuentas corrientes, cuentas de ahorros, depositar y retirar valores en custodia, etcétera”¹¹.

Estimamos que la idea del maestro sanmarquino citado, es que quien tiene poder general está revestido de mayor poder (frente al quien tiene poder especial), por así decir, para realizar actos de trascendencia jurídica, y que son los más valiosos económicamente y frecuentes en la práctica, como disponer bienes inmuebles prediales. Opinión que no compartimos, más allá que el propio Aníbal Torres, refiera líneas más arriba de la parte del texto citado, que *“El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva”*; por cuanto en la práctica, específicamente del área Registral y Notarial, es generalizada y está consolidado la idea que el poder para disponer es el poder especial, revestido en orden a lo estipulado en el artículo 156° del Código civil, y del cual existe abundante “jurisprudencia” registral.

7.6.- PODER ESPECIAL

El Código Civil, consagra en el 2º párrafo del Artículo 155º.- *“El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido”*. Del texto del art. 155 se deduce que por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante.

⁹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 363.

¹⁰ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

¹¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 364.

Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de "administración extraordinaria" por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar).

El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva. Sucede con frecuencia en la práctica que a un poder en el cual el poderdante designa una serie de actos que debe realizar su apoderado, se le denomina "poder general", cuando en realidad es "especial". Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice "poder amplio y general", el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo. El poder especial se rige por el principio de la literalidad, esto es, debe ser otorgado por escrito. Con respecto a la representación judicial, el Código Procesal Civil, prescribe:

"Art. 75º.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvenciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de la literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".

El Código Civil, establece poder para actos de disposición:

"Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitante y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

Por regla general, el apoderamiento no está sometido a forma ad solemnitatem. El apoderamiento puede darse por una declaración expresa o tácita. Esto es conforme con el principio de libertad de formas que consagra el Código. La forma probatoria y la solemne constituyen la excepción.

En la doctrina nacional, el maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, a su vez respecto del poder especial señala dos perspectivas, la Primera que:

"Por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante"¹².

¹² TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

La segunda perspectiva, servirá para precisar que:

"Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de administración extraordinaria por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar, etc)"¹³.

7.7.- EJERCICIO DEL PODER

Es evidente que la concesión de un poder de representación descansa en una confianza hacia la persona del apoderado, que da a la relación representativa un marcado carácter personal, pero no lo es menos que en determinadas circunstancias puede colisionar este principio con otro: el de la máxima eficacia práctica y posible fungibilidad de la gestión representativa, que tratará de impedir que cualquier impedimento en la persona del representante paralice la gestión con daño para los intereses del representado. Recabar la autorización de éste para la sustitución es algo que no siempre es fácil hacerlo con la necesaria rapidez y urgencia que puede requerirse. Ocurre también que determinadas gestiones pueden ser llevadas a cabo indiferenciadamente por cualquier persona. Por otra parte, han de examinarse brevemente las actuaciones del representante que subordinen el interés del representado al suyo propio cuando el poder se dio para satisfacer el de aquél.

7.8.- SUSTITUCIÓN

El Código Civil, consagra en el *"Artículo 157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución"*.

Siendo la representación un acto de confianza, el representante está obligado a ejercerla personalmente, salvo que el representado expresamente le haya facultado la sustitución.

La sustitución requiere de poder especial que faculte al representante para hacerse sustituir por otro representante para el representado, es decir, por la sustitución del poder, el representante instituye otro representante para el representado. El representante hace la sustitución en nombre de su representado, obligando a éste respecto del sustituto y viceversa, es decir, el representante celebra un acto en iguales

¹³ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

condiciones que todos los demás para los cuales se le otorgó poder y así como puede comprar, vender, hipotecar, a nombre de su representado, obligándolo respecto de aquellos con quienes contrata, puede también, realizar el acto de sustitución por el cual el representado queda directamente obligado en favor del sustituto y éste respecto de aquél. Se establece una relación directa entre el representado y el sustituto representante. El sustituto representante está obligado a expresar en los actos que celebre que procede a nombre del representado, de tal modo que los efectos se producen directamente respecto a éste. El nuevo representante puede ser instituido con las mismas o menores facultades que el sustituyente. Sea que el representante delegue todas o parte de sus facultades al nuevo representante (el sustituto), no queda desvinculado de la relación representativa, pudiendo dar instrucciones al nuevo representante para el ejercicio del negocio encomendado o incluso, pudiendo revocar la sustitución, salvo que el representado haya dispuesto que en caso de sustitución se extingue la representación original (*artículos 158 y 159*).

Nuestro código no distingue entre sustitución, que cuando es total, desvincula de la relación representativa al representante original, cuyo lugar viene a ser ocupado por el sustituto y delegación por la que el representante original permanece vinculado al representado. En la práctica jurídica, ambos términos, sustitución y delegación, se vienen utilizando como sinónimos. Sin embargo, en materia de representación procesal sí se distingue entre sustitución y delegación del poder. El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello. La sustitución implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación. La actuación del apoderado sustituto o delegado, obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas. La formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder Artículo 77º del C.P.C).

En la praxis pueden presentarse los casos siguientes:

- 1º Al representante se le ha prohibido la sustitución. Lo hecho por el sustituto será ineficaz.
- 2º Al representante no se le ha facultado para sustituir, lo que debe interpretarse como que no se le ha autorizado. El principio general es que no puede sustituir
- 3.º Al representante se le ha facultado para sustituir, pero sin designación de personas, y el nombrado por este como sustituto era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto será ineficaz.

En comentario del maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez:

“Si el representante ha sido facultado para nombrar un sustituto sin señalarle la persona o personas, es responsable frente al representado por los hechos del sustituto cuando incurre en culpa inexcusable en la elección, así cuando hace la designación en una persona que sabe o debía saber que es incapaz o que no tiene solvencia. Pero los actos celebrados por el sustituto son válidos.

El representante es responsable ante el representado por las instrucciones impartidas al sustituto. El representado puede accionar directamente contra el sustituto o contra ambos conjuntamente. Entre representante y sustituto no existe responsabilidad solidaria, salvo que el representado la hubiere establecido expresamente (art. 1183)”¹⁴

Por otro lado, y teniendo en cuenta característica y función, el empoderamiento del representante legal no puede transferir sus facultades, en bloque a otra persona, es decir el representante legal no puede designar a un sustituto que lo releve de todas sus funciones, pero sí encomendarle algunas específicas. ¿Por qué? Porque la representación es un elemento de *munus publicum*, de carga pública, conferido intuitu personae por la Ley al representante legal. Al respecto Fernando Hinestrosa, citando a Magri y Von Tuhr, refiere que :

“No es delegable la función de representante legal entendida como el conjunto de poderes y de deberes de naturaleza personal y patrimonial, conferido intuitu personae por la Ley al representante legal, constitutiva de un cargo de derecho privado enderezado a realizar un interés privado del incapaz y un interés público genérico, dirigido a asegurar una tutela idónea a las personas incapaces”¹⁵

Para la doctrina española, se contraponen la "sustitución" en sentido propio, al subapoderamiento. En la primera se daría un traspaso de las facultades, sin que el apoderado sustituyente pueda revocarlo o reasumir el poder, al paso que en la segunda la delegación es de suyo revocable.

7.9.- EXTINCIÓN DEL PODER

Es necesario tener presente algo elemental, en la vida todo lo que nace, muere, y más por la naturaleza del ser humano, como dicen los dioses de la mitología griega al referirse de los hombres, son seres fugaces. El poder no es perpetuo, y una vez que nace se encuentra, en su fugaz existencia, sometido a invariables vaivenes de la vida, innumerables modificaciones y también muerte, es decir el poder cesa. Y culmina su existencia, por fenómenos extraños a la decisión de las partes, determinación conjunta de ellas, y por decisión unilateral de cualquiera de ellas. Abigarrados y multiformes son las causas de terminación del poder, y van desde las

¹⁴ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 368.

¹⁵ HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.283-284.

de sencillez hasta las de inmensa complejidad. Veamos a continuación algunas formas de extinción del poder:

- a) Revocación del poder.
- b) Remoción del representante.
- c) Realización del acto encomendado.
- d) Cesación de la causa fuente. Ejemplo, cesación de la incapacidad: Cese de la curatela, cese de la tutela de los menores sujetos a patria potestad.
- e) Muerte del representado o extinción de la persona jurídica. La muerte de la persona natural o la extinción de la persona jurídica conllevan la extinción de los poderes que hubieran otorgado.
- f) Muerte del representante.
- g) Vencimiento del período de ejercicio.
- h) Cuando el representante incumple con sus obligaciones.
- i) Cuando la ley lo dispone expresamente.
- j) Renuncia de la representación.
- k) Cuando el acto de otorgamiento del poder es nulo.

La doctrina, italiana en los aportes de Bigliazzi-Geri, citado por Fernando Hinestrosa¹⁶, clasifica de la siguiente manera, las causas de extinción del poder de representación:

- a) Contenido del acto de apoderamiento;
- b) Decisiones del representado o del representante;
- c) Hechos posteriores atinentes a la persona y a la capacidad de cualquiera de ellos.

7.10.- PODER APARENTE

Concurren en el Poder Aparente, dos hipótesis, el representante sin poder y el falso procurador. En términos generales, la definición del representante sin poder no resulta difícil de realizar. Existe en todos aquellos casos en que una persona lleva a cabo una actividad que es externamente representativa (lo que significa que es reconocible que actúa por y para un dominus negotii), pero sin tener para ello suficiente poder de representación. Puede ocurrir así porque tal poder no existe ni ha existido nunca. Puede ocurrir también porque se desarrolla la actividad representativa

¹⁶ HINESTROSA, Fernando. "La Representación". Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p. 421.

cuando se había extinguido el apoderamiento. El efecto es similar y puede grosso modo englobarse en los mismos casos cuando en el poder de representación existe, pero el acto se ha realizado excediendo de los límites del poder. Al representante sin poder le denomina la doctrina tradicional *falsus procurator*.

Se encuentra regulado en el artículo 161° del Código civil, y es esta hipótesis la doctrina en el escrito del maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez¹⁷, sostienen que:

“Cuando una persona se presenta al exterior atribuyéndose una representación de la que en la realidad carece (*falsus procurator* -representante falso-), o cuando teniendo poder el representante se excede en los *límites de su contenido*, atribuyéndose facultades que no le han sido conferidas o violando las otorgadas”

Asimismo, el citado jurista sanmarquino expresa:

“Se habla de *defecto de representación* para referirse a la hipótesis en la cual falta el poder de representación, y de *exceso de representación* cuando el representante está dotado de poder, pero no para el acto que ha concluido”¹⁸.

La característica más importante del acto llevado a cabo por un representante sin poder es que se admite su posterior ratificación, cuando el dominus a posteriori lo conoce, lo acepta y asume. En este caso, el acto, aunque inicialmente ilícito en cuanto realizado sin poder, una vez sanado produce todos sus efectos igual que si hubiera sido el acto de un representante con poder.

7.11.- RATIFICACIÓN

Cuando un gestor o un agente ha actuado en forma representativa en nombre de un principal o por cuenta de éste, pero sin poseer expresamente poder de representación o excediéndose o extralimitándose en el uso del poder concedido, la actuación del gestor no vincula al principal, ni de ella se sigue ninguna consecuencia para éste. Respecto de él es irrelevante. Sin embargo, el principal puede a posteriori, aceptar la actuación del gestor o asumir sus consecuencias. La actuación del gestor se transforma entonces en actuación plenamente representativa y despliega, en el orden de la representación, todos los efectos que son propios de ésta (*ratihabito mandato aequi paratur*). La ratificación es a posteriori lo mismo que la concesión del poder de representación es a priori. Nuestro Código civil dedica a la ratificación una atención muy escasa y esporádica. Se admite que la ratificación puede hacerse expresa o tácitamente. La ratificación expresa debe entenderse sometida a los mismos

¹⁷ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 370.

¹⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 370.

requisitos de forma que legalmente sean necesarios para el acto a ratificar. La ratificación tácita es un comportamiento del principal llevado a cabo mediante actos concluyentes, que entraña una inequívoca aceptación de lo hecho por el representante que es contradictoria con un posterior ejercicio por su parte de una acción de nulidad. La ratificación es un acto jurídico unilateral, y debe ser considerado como recepticio. Pero sólo la que ha sido recibida por el tercero que ha contratado con el representante alcanza sus plenos efectos jurídicos. Quiere decirse con ello que si la ratificación no ha llegado a su conocimiento no queda privado de su poder de revocar el acto, cuando disponga de tal facultad, o de la posibilidad de considerar ineficaz el negocio por transcurso del plazo para el cumplimiento de la condición de ratificación cuando existiera un acuerdo en tal sentido. El sujeto de la ratificación es normalmente el principal o dominus negotii, esto es la persona en cuyo nombre o por cuya cuenta ha actuado el representante. Para poder ratificar eficazmente la gestión del representante, el principal necesita poseer la capacidad de obrar necesaria. De acuerdo con una larga tradición doctrinal y jurisprudencial el efecto de la ratificación es retroactivo.

La facultad de ratificar no constituye un derecho personalísimo del representado, por lo que se transmite a sus herederos. La ratificación se diferencia de la confirmación por lo siguiente:

- a) La ratificación es el acto por el cual el ratificante hace suya la declaración de voluntad ejecutada por el pseudo representante (o con representación insuficiente) en nombre del dominus (el ratificante). La confirmación es la convalidación de un acto anulable por el titular de la acción de anulabilidad.
- b) Se ratifica un acto ajeno (el del falsus procurator) y se confirma un acto propio (el del confirmante).
- c) La ratificación supone la existencia de un acto válido pero ineficaz para el dominus. La confirmación supone un acto eficaz ab initio pero amenazado de destrucción para el caso de que la parte interesada solicite que judicialmente se declare nulo por adolecer de alguna causal de anulabilidad (error, dolo, etc.).
- d) Por la ratificación el ratificante incorpora en su patrimonio los efectos de un acto en el cual no fue parte. Por la confirmación el confirmante suprime la amenaza de ineficacia definitiva del acto que confirma, el cual ya no podrá ser impugnado de anulabilidad.
- e) El objeto de la ratificación es hacer que el acto afecte al ratificante. El objeto de la confirmación es impedir la invalidación del acto anulable.

7.12.- PODER IRREVOCABLE

Este tema es de los más polémicos en la doctrina nacional, muy a pesar de lo infrecuente que resulta esta figura en la práctica, los escasos casos han sido controvertidos y han llegado a conocimiento del Tribunal Registral, y a la Corte Suprema de Justicia.

Si bien la revocación del poder al arbitrio del representado es una de las causas de su extinción, no hay precepto legal que prohíba configurarlo como irrevocable. El Derecho Comparado, la doctrina y la jurisprudencia admiten hoy sin ninguna discusión, la inclusión de la cláusula de irrevocabilidad.

En Roma, esta figura fue conocida, y admitida; en la vida académica nacional a merecido inclusive la sustentación de tesis en nuestra casa de estudios a nivel de pre grado. Un tema del cual se pronunció un clásico del Derecho Civil peruano, Angel Gustavo CORNEJO, quien señala que la doctrina admite el poder irrevocable en dos supuestos:

- “a) El mandato deja de ser revocable, cuando se hubiese otorgado no sólo en interés del mandante, sino en interés de éste y de un tercero o cuando también, el interés del mandatario estuviera implicado.
- b) Cuando el mandato forma parte o es cláusula especial de un contrato sinalagmático, pues en tal caso está subordinado a una relación contractual mas amplia y sigue su suerte”¹⁹

La cuestión está en definir con claridad y sin crear problemas, en qué casos cabe configurar como irrevocable un poder, y cuáles son los efectos de la irrevocabilidad, pues la misma debe hallarse justificada por ser excepción a la normal revocabilidad de toda representación. La doctrina nacional, al respecto se pronuncia en la pluma autorizada de Anibal Torres Vásquez, quien al analizar el artículo correspondiente que regula el poder irrevocable, 153º del Código Civil, manifiesta que:

“Del art. 153 se deduce que el poder es irrevocable cuando:

- 1º. Se otorga para un acto especial;
- 2º. Se otorga por tiempo limitado;
- 3º. Cuando se otorga en interés común del representado y del representante; y
- 4º. Cuando se otorga en interés común del representado y de un tercero.

Los dos primeros casos no tienen justificación alguna. Disposiciones como ésta no busca solucionar sino crear problemas sociales, o sea, hacen todo lo contrario a la función que debe cumplir el Derecho. ¿Qué puede justificar que el poder otorgado para vender un bien (acto especial) o el otorgado para administrar un negocio por seis meses (poder por tiempo limitado) sea irrevocable? Por supuesto que no existe justificación alguna.

¹⁹ CORNEJO, Ángel Gustavo. “Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)” Lima 1941 . AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”. Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.171.

La irrevocabilidad del poder se justifica únicamente en el 3º y 4º caso. En estos casos se justifica que sea irrevocable mientras subsista el interés del representante o del tercero y no solamente por un año como lo dispone el art. 153.

El poder es irrevocable cuando ha sido conferido en interés común del representado y del representante o de un tercero.”²⁰

La irrevocabilidad es susceptible de producir dos consecuencias jurídicas: Primero, Indemnización por el poderdante de daños y perjuicios si revoca, con lo que la irrevocabilidad sería el resultado de una mera obligación de no hacer, y por lo tanto la irrevocabilidad sería relativa; y Segundo, la ineficacia de la declaración de voluntad revocatoria, con la consiguiente subsistencia del poder, la declaración revocatoria no lo extingue, por lo tanto la irrevocabilidad sería absoluta.

La irrevocabilidad del poder con su eficacia absoluta es clara cuando es el medio o instrumento para cumplir un negocio celebrado entre el representado y representante, o entre representado y terceros. Aquí no se da el poder en interés exclusivo del representado, lo que no justifica la revocación *ad limitum*, sino también en el del representante y/o terceros, por lo tanto el ordenamiento jurídico tiene mayor amplitud de tutelar intereses, no sólo del representado sino también del representante y/o terceros. Admitir la eficacia de la revocación sería tanto como autorizar el incumplimiento unilateral del contrato.

En la doctrina comparada, italiana específicamente, encontramos la autorizada opinión de Luigi FERRI, citado por Morales Hervías²¹, quien señala que , la revocación es un negocio jurídico, con características específicas:

““Resulta caracterizada por siguientes notas: a) es un acto unilateral; b) debe provenir del autor del acto revocando; c) es siempre realizada extrajudicialmente; d) no es necesariamente condicionada por circunstancias sobrevenidas o hechos nuevos”.

¿La irrevocabilidad adquiere siempre carácter absoluto en relación con los terceros? Se dice que la eficacia absoluta es una exigencia de la necesaria protección de los terceros. Sin embargo, debe limitarse tan extraordinario efecto a los terceros de buena fe, es decir, en nuestro caso, a los que hayan desconocido la revocación.

No desconocemos la opinión de aquellos, que no admiten la figura del “Poder Irrevocable”, en el sentido que sostienen que el termino Revocatoria, no es el apropiado, sino el Desistimiento, opina de esta manera Rómulo Morales Hervías,

²⁰ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. pp. 360/361

²¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. “La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico”. Lima, 2005. p.11.

en realidad siguiendo a cierto sector de la doctrina italiana, que introduce la idea a través de los estudios del jurista colombiano Fernando Hinestrosa²², quien cita a BAVETIA, y CARINGELLA e DE MARZO, con los alcances siguientes:

"La tesis que ha encontrado mayor favor en la doctrina es la de que el término 'revocación' adoptado por el legislador es expresión de una facultad particular concedida al mandante de disolver unilateralmente la relación de mandato y, en cuanto tal, es considerado como un caso típico de desistimiento [...] El análisis reconstructivo dirigido a explicar el fenómeno complejo de la revocación del mandato, debe partir de dos elementos ciertamente fundamentales y objetivamente indiscutibles: ante todo, de la comprobación de que el término 'revocación' no se emplea ni puede ser entendido en sentido técnico; además, de la observación de que, según la previsión normativa, lo que se quiere conceder al mandante no es tanto la posibilidad de una *restitutio in pristinum*, o sea de una reconstrucción de la situación preexistente a la estipulación del mandato, cuanto de impedir que el mandato produzca sus efectos típicos o, si la ejecución ya comenzó, que los produzca ulteriormente".

Para Morales Hervías²³, es importante en el orden de sus ideas, diferenciar la revocación y el desistimiento:

"El desistimiento es el poder de dejar sin efecto un contrato mediante la manifestación de voluntad de una sola de las partes o de ambas si se ha previsto o se ha regulado de esa manera. El desistimiento opera sobre el plano de los efectos. En el desistimiento hay una retractación del contrato. Uno se desiste porque la razón que lo impulsaba a contratar ha desaparecido y por eso está autorizado a dejar sin efecto un contrato válido y eficaz. En cambio, la revocación es un poder que "incide directamente sobre un acto precedente, provocando su eliminación". La revocación "presenta todos los caracteres del negocio jurídico, comprendida la congruencia de los efectos respecto a la causa". Así las cosas, es un negocio extintivo con el cual "un sujeto contradice su propia precedente declaración de contenido negocial; y que seguidamente a la revocación el ordenamiento niega relevancia a la declaración impidiendo que ella produzca (o concurra a producir) efectos jurídicos". La revocación "mueve un impulso de arrepentimiento que lleva al autor del acto a rechazar aquello que quiso"

No se encuentra sólo Morales Hervías, en su cruzada purificadora del uso de términos jurídicos, lo acompaña Juan Espinoza, quien resalta la importancia dogmática de la distinción conceptual entre acto y negocio, y luego de preguntarse para que sirve el concepto del acto jurídico. Juan ESPINOZA ESPINOZA²⁴, señala:

"Desconocer las clasificaciones equivale a formular argumentos con aberraciones jurídicas. Seguramente para quienes propugnan los planteamientos exclusivamente funcionales no habría necesidad de distinguir la revocación del desistimiento. Justamente el desconocimiento de esta distinción ha causado muchos problemas jurídicos no sólo a los operadores jurídicos sino también a los particulares".

Sin duda, el debate de las ideas jurídicas está abierto en el tema del Poder

²² HINESTROSA, Fernando. "La Representación". Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p. 423.

²³ MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. Cit. p. 11-12.

²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan "El acto jurídico a través de la jurisprudencia", en "Diálogo con la jurisprudencia", Número 74, Noviembre, Año 10, 2004, Gaceta Jurídica. p. 80.

Irrevocable, y teniendo en cuenta que todos los sistemas de ideas, lo han señalado tanto el filósofo español José Ortega y Gasset ("Historia como Sistema"), y el mayor de los historiadores de las ideas filosóficas, Frederick Copleston, profesor de la Universidad Gregoriana de Roma; no son del todo consistentes, tienen incoherencias, es indudable la pertinencia y precisión que se efectúa respecto al término "revocación".

CAPITULO VIII

E L M A N D A T O

8.1.- CONCEPTO

La palabra "mandato" deriva del latín "*mandatum*" de mandare, manum dare; quiere decir "dar la mano", porque antiguamente el mandatario daba la mano al mandante en testimonio de la fidelidad que le prometía, esto porque en el derecho romano el mandato no suponía, como en la actualidad relaciones de gestión y de trabajo, sino de confianza y amistad. El Derecho Romano no conoció la figura de la representación del modo como es concebida hoy día. El Derecho Romano no admitió como regla general que los actos practicados por el gestor con terceros, produjeran efectos jurídicos directos respecto al dominus negotii vinculándolo en forma inmediata con tales terceros. Al respecto señala el jurista español Díez-Picazo:

"La regla, en el Derecho Romano es, por tanto, que los efectos de un acto o de un negocio jurídico, sólo se producen entre las personas que celebran dicho negocio o que realizan dicho acto. No hay nunca un efecto jurídico entre el dominus negotii y el tercero con el cual el gestor ha contratado, sino únicamente un efecto entre el gestor y el tercero. El dominus negotii a su vez, tiene una acción contra el gestor, enderezada a obtener que éste le atribuya o le transfiera los resultados obtenidos con el negocio"¹

Es decir, el mandatario no representa al mandante. Las relaciones creadas por el mandato entre las partes son extrañas a los terceros que no tienen negocio más que con el mandatario. El solo es quien se hace propietario, acreedor o deudor, según la naturaleza del acto realizado.

Es bajo este marco que se desarrollaba en el Derecho Romano el contrato de mandato, que vinculaba al mandante y mandatario, sin existir entre ellos una relación representativa.

¹ DIEZ PICAZO, Luis. "La Representación en el derecho privado". Madrid 1979. Editorial Civitas S.A.. p. 26.

La ejecución del contrato de mandato implicaba en el Derecho Romano una doble operación: una primera entre el mandatario, y el tercero con el que aquél contrataba en nombre propio, en cumplimiento del mandato; y una segunda entre el mandatario y el mandante para retransmitir a éste los bienes adquiridos de tercero. La idea de la representación era, por consiguiente, absolutamente ajena al contrato de mandato.

Esto no fue obstáculo, para que se admitieran algunas excepciones a la regla general referida párrafos atrás: casos de las adquisiciones de los servicios, como la adquisición de la posesión por medio de un tercero. Estas excepciones surgieron como una inevitable consecuencia ante los inconvenientes prácticos del mandato. No obstante que el contrato de mandato, tal como se encontraba configurado en el Derecho Romano, estaba despojado de la idea de la representación directa, con el transcurso del tiempo se llegó al extremo de confundir una y otra figura.

Los juristas del **Derecho Intermedio**, y los Códigos después, Incurrieron en el error de situar la relación jurídica entre representante y representado en la órbita del contrato de mandato, equiparando los conceptos de mandato y representación. **Bartolo** sostenía que "si el mandatario actúa en los límites de sus atribuciones, los efectos del acto por él realizado recaen automáticamente sobre la persona del mandante". Por otro lado, **Domat** planteaba en su obra "Las leyes civiles en su orden natural", tomo 1, Parte Primera, De las Obligaciones, libro 1, título XV, sección 1, lo siguiente: "El mandato es un acto por el cual aquel que no puede dedicarse por sí mismo al desempeño de sus negocios, da poder a otro de hacerlo en su lugar, como si él mismo estuviese presente, ya que sólo deba ocuparse aquél en el simple cuidado de algunos bienes o negocios, o bien para tratar con otros". Mas tarde **Pothier** señalaba "que la manera más común de otorgarse el mandato es por medio de 'un acto que se llama procuración'. El mandante declara 'por esta procuración que da poder a una persona para hacer por él y en su lugar tales negocios'.

En nuestros días, la opinión de algunos conocidos tratadistas pone en evidencia que la confusión de conceptos continúa, sólo citamos a un grupo de ilustres juristas franceses Henri, León y Jean Mazeaud, quienes definen el mandato como:

"El mandato es el contrato por el cual una persona el mandante, encarga a otra persona, el mandatario que acepta, cumplir un acto jurídico, representándolo en él"²

En cuanto a la codificación, conviene citar un ejemplo de tal confusión de conceptos,

² MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte Tercera, Volumen IV. Buenos Aires 1967. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 384.

en el Código Civil francés de 1804 se establece que: “el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre” (artículo 1984).

Por otro lado, Louis JOSSEERAND, define el mandato en los siguientes términos:

“EL MANDATO REPRESENTATIVO O MANDATO ORDINARIO
1396 Definiciones y Terminología.- Se define al mandato por el art. 1984 “Un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre”. El que confiere el poder se llama mandante; aquel a quien se le confiere es el mandatario; el acto escrito que se redacta al efecto de hacer constar el acuerdo de las partes, se denomina procuración; el legislador ha cometido el error de confundir con el contrato mismo: “el mandato o procuración” (art. 1984).
El mandato, en principio, se concluye intuitu personae”³

Este precepto constituye el punto de partida, en el plano de la codificación, de la errónea equiparación del mandato y la representación -advuértase que el artículo 1984 del Código francés llega a considerar sinónimos el mandato y el apoderamiento-, que luego se extendió, desafortunadamente, a gran cantidad de códigos. A partir del Código Napoleón, el mandato y la representación fueron considerados conceptos inseparables el uno del otro. La representación se convirtió en elemento constitutivo esencial del mandato. La regla del Código francés fue reproducida por otros códigos, por ejemplo de la hermana República de Bolivia de 1830, artículo 1332. Una solución semejante se encuentra en el Código Civil peruano de 1852, y el de 1936. En la actualidad el mandato, ha sido desvinculado de la representación, superando así la criticable confusión de conceptos.

Estima el investigador, que si hay una opinión que expresa la peculiaridad del Mandato, en nuestro ordenamiento jurídico esa es la que corresponde a la opinión doctrinaria de Alfredo Bullard⁴, quien estima que el mandato, es una relación jurídica derivada de un contrato, pero que requiere desarrollar ciertos grados de oponibilidad, en ese sentido señala:

“El desarrollo de la vida moderna exige, más que nunca, que la posibilidad de ser parte en una relación jurídica exceda el marco de mi propia individualidad. Requiero celebrar actos en donde no estoy presente, o en número tal, que superan mi posibilidad física de efectuarlos. Entonces requiero delegar ciertas facultades en otros, a fin que éstos celebren negocios jurídicos que afecten mi propia esfera. Para ello celebro un contrato con un mandatario, al que podré otorgar facultades de representación. Creo un “status”, conocido como poder, en favor de esta persona, permitiéndole celebrar negocios jurídicos con mi patrimonio, y en relación a mis intereses. Ello implica que esta relación jurídica “inter partes” pueda ser opuesta y, a la vez, me la puedan oponer quienes están interesados en celebrar negocios jurídicos conmigo. Así, el artículo 2038 señala: “Artículo 2038.- El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del

³ JOSSEERAND, Louis. “Derecho Civil”. Buenos Aires 1951. Editorial Bosch. 8 Tomos. Tomo II. Volumen II. Traducción Santiago Cunchilló y Manterola. p. 353.

⁴ ALFREDO BULLARD GONZALES. “La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones”. Lima 1990. Ara Editores. 1ª Reimpresión. P. 321-322.

contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de estos no inscritos."

De esta forma consigo el desarrollo de mecanismos que aumentan mi capacidad física de celebrar negocios jurídicos, permiten ampliar mi esfera de acción, y por medio de ello, sobredimensionar la posibilidad de maximizar beneficios.

Cabe destacar que el artículo 2038 limita el grado de oponibilidad contemplado en el artículo 2012. Así, la inscripción no se considera conocida por todos, sino solamente por quienes celebren contratos en el lugar donde el mandato esté registrado. Surge un grado de oponibilidad intermedio entre el "inter partes" y el "erga omnes".

Es una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano, teniendo como marco en este análisis los libros pertinentes del Código, y con una visión moderna del derecho, que se perfila a las exigencias de la economía, que exige de la ciencia jurídica adecuación a los tiempos, y en ese sentido advirtiendo de los mecanismos de seguridad, que trascendiendo la relación interpartes del derecho civil tradicional del Siglo XIX, a un marco mayor, más cercano a nuestros tiempos, de sociedad de masas, y economía de mercado global, donde se requiere de las relaciones personales el carácter erga omnes, antes reducido a las relaciones jurídico patrimoniales reales.

8.2.- NATURALEZA JURÍDICA

El Código Civil, regula el mandato como una modalidad del contrato de prestación de servicios nominados (artículo 1756, inciso c). Esta decisión legislativa se inspira en el Código Civil portugués de 1967 (artículo 1155). El mandato se caracteriza como la locación de servicios y el contrato de obra, por la obligación que asume una de las partes de proporcionar sus servicios a otra, en este orden de ideas es correcto comprender al mandato dentro de la prestación de servicios. No obstante, el contenido de la actividad a que se obliga el mandatario esto es, la realización de uno o más actos jurídicos distingue el mandato de la locación de servicios y del contrato de obra. En efecto, la locación de servicios tiene por objeto servicios materiales e intelectuales (artículo 1765 del Código Civil), mientras que el contrato de obra se refiere a la ejecución de hechos materiales.

8.3.- CARACTERÍSTICAS

Es un Contrato, que se caracteriza por ser consensual; sólo consensus perficiuntur. Basta el acuerdo de voluntades de mandante y mandatario. No requiere por regla estar revestido de formalidad. No obstante, en relación a ciertos encargos sí se exige formalidad (así en el Artículo 1633 del C.C. de 1936, artículo 156 del C.C.1984), estar en forma expresa y por Escritura Pública.

El maestro José LEÓN BARANDIARAN considera que el Mandato, es un contrato unilateral, y si es cierto que origina o puede originar obligaciones de parte del mandante (artículo 1644) [artículo 1796 del C.C. 1984], y así se trate de un mandato remunerado, no se puede hablar de un contrato bilateral en el propio sentido del término; propiamente no es entonces un contrato bilateral en la verdadera significación correspondiente; propiamente es entonces un contrato bilateral imperfecto. Asimismo LEON BARANDIARAN⁵, señala que en la palabra 'mandato' hay básicamente el significado de orden; el mandante es quien tiene la facultad de indicar cual es el encargo, en que consiste y como se debe cumplir, luego el mandante se retira y entra la voluntad del mandatario.

El mandato es un contrato por naturaleza gratuito, y así se encuentra regulado en el Código Civil Alemán (BGB). Ludwig ENNECERUS, jurista alemán, comprende el mandato con las siguientes características:

“MANDATO

157 Concepto y Conclusión.

I Mandato (contrato de mandato propiamente tal) es el contrato por el cual una de las partes (el mandatario) se obliga hacia la otra (el mandante) a la gestión gratuita de negocios que se le encargan.

1. El mandato es un contrato, pero no bilateral, pues las obligaciones que muy frecuentemente surgen a cargo del mandante (por ejemplo, de abonar los gastos de resarcir un daño producido por culpa del mismo) no constituye una remuneración o contrapartida de las obligaciones asumidas por el mandatario.

2. Por la gratuidad el mandato se distingue del contrato de servicios y del contrato de obra. No obstante el mandato no implica donación ya que la gestión de los negocios no se asume como obligación que disminuya el patrimonio.

3. Pueden ser objeto del mandato cualquiera negocios de naturaleza de hecho o de derecho (siempre que no choquen contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres) por ejemplo, dibujar un plano, vigilar a los obreros; concluir un negocio jurídico (...); así pues, todos los asuntos que puedan ser objeto de contrato de servicios o de obra.

4. El mandato puede referirse a asuntos del mandante o de un tercero (por ejemplo, el mandato de crédito), e incluso cabe afecten a la vez al propio mandatario.

5. Muchas de las disposiciones sobre el mandato se aplican por analogía a otras relaciones jurídicas, por ejemplo a la gestión de los negocios por la dirección de una asociación o fundación (...) y al, albaceas o executor testamentario (...).

6. Sobre la distinción entre mandato y el poder véase Tomo I N° 171

II. El mandato no está sujeto a forma, pudiendo conferirse también tácitamente. El Código civil no establece presunciones de mandatos tácitos.”⁶ (1944-B: p. 321)

Sin embargo, puede ser oneroso (artículo 1635). Es un contrato de duración; ha de subsistir desde que se perfecciona con la aceptación del mandatario, hasta que concluye por alguna de las causales indicadas en los artículos 1801, 1808 del C.C.

⁵ LEON BARANDIARAN, José. "Contratos en el Derecho Civil Peruano". Lima 1975. Tomo II.

⁶ ENNECERUS, Ludwig. "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones" Barcelona 1944-B. Traducción de la 35ª Edición Alemana, por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo II. 2 volúmenes.

1984, fuera de causales generales, como por ejemplo la confusión. Claro está que al tratar ahora del mandato nos estamos refiriendo al mandato expreso, es decir al que se produce por voluntad expresa de las partes, cuando menos del mandante, ya que cabe la aceptación tácita del mandatario. Pero también es posible hablar del mandato tácito, que es aquél que se produce sin declaración expresa por parte del mandante, para crear los efectos propios de un mandato en cuanto al ejercicio que efectúa la persona en quien recae el encargo. Los juristas franceses Planiol y Ripert: sostienen que si bien el artículo 1895 del C.C. francés solamente contempla, bajo una forma tácita, la aceptación de un mandato expreso, la posibilidad de un mandato tácito, tanto por parte del mandante como por parte del mandatario.

El contenido de la actividad a que se obliga el mandatario esto es, la realización de uno o más actos jurídicos distingue el mandato de la locación de servicios y del contrato de obra. En efecto, la locación de servicios tiene por objeto servicios materiales e intelectuales (artículo 1765 del Código Civil), mientras que el contrato de obra se refiere a la ejecución de hechos materiales.

A.- CONTRATO CONSENSUAL

El mandato es un contrato consensual, un acuerdo en el que la obligación principal corre a cargo del mandatario y que consiste en obligarse a realizar un acto jurídico, por cuenta del mandante. Si bien el mandato es un contrato que sirve o puede servir de antecedente a determinadas operaciones, no obstante no se debe confundir ambos dimensiones. Por un lado, esta la relación creada entre mandante y mandatario (es el ámbito propio del contrato de mandato) y otra cosa es la relación que, en base o teniendo como antecedente el mandato, se constituye entre el mandante con el tercero.

Hemos dicho que es un contrato en el que la obligación principal corre a cargo del mandatario; sin embargo, pero no es el único obligado, existiendo algunas obligaciones a cargo del mandante.

Una de las plumas jurídicas de mayor respeto en nuestra patria, citando a Sánchez Román, el maestro sanmarquino Ángel Gustavo CORNEJO⁷, entiende que:

“Es el mandato un contrato consensual, unilateral o bilateral, por el cual una persona (mandante) confiere su representación a otra que la acepta (mandatario) para uno o varios asuntos, sin retribución o con ella. El mandatario recibe el poder de representar al mandante a efecto de obligarle hacia tercero y de obligar a éste hacia aquel”

⁷ CORNEJO, Angel Gustavo. “Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)” Lima 1941 . AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”. Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.134.

Se ha señalado también, que la obligación del mandatario consistirá en realizar algún acto jurídico, y que éste deberá efectuarse por cuenta del mandante. Ello no significa, que el mandatario deberá obrar en nombre del mandante, sino únicamente por cuenta de aquel, si otra cosa no se dispuso. MESSINEO⁸ señala que:

"En el mandato se encuentra incluido, de ordinario, pero no necesariamente, el conferimiento (al mandatario) del poder de obrar, no sólo por cuenta sino también en nombre del mandante (mandato con representación), pero tal poder deriva de una relación autónoma (procura), distinta de la relación de mandato - de donde resulta que puede haber también mandato sin representación- así como el conferimiento de poderes se distingue de la actividad de gestión (o trabajo de gestión), propia del mandato".

B.- ONEROSO

Por regla en la actualidad, el contrato de mandato es remunerado, pudiendo ser gratuito como lo es en el Código Civil Alemán. Sin embargo no siempre fue así, el mandato en el Derecho Romano era esencialmente gratuito: "*mandatum visi gratuitum nullum est*"; esa era su característica esencial, a tal extremo que en muchos casos era lo único que permitía diferenciarlo de otros contratos, esa característica ha desaparecido en el derecho moderno. El Código Civil Italiano de 1942, introdujo la novedad de reputar oneroso el mandato, era lógico de acuerdo a la realidad de entonces, y actual. Hogaño, el mandatario no pretende efectuar un servicio al mandante, en forma desinteresada.

En la actualidad, todas las legislaciones, con la notable excepción del Código Civil Alemán, el mandato es oneroso, incluso se presume dicha calidad, por lo cual se admite que el mandato pueda ser remunerado, si así se hubiere pactado, y, más aun la corriente actual es la de establecer la onerosidad como natural al mandato, salvo pacto en contrario.

El mandato es un contrato con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, por lo tanto, susceptible de los remedios relativos a los contratos bilaterales, con prestaciones recíprocas: '*exceptio inadimpleti contractus*', resolución, entre otros que regulan los Códigos civiles. Si el mandante no cumple su obligación de remunerar al mandatario, este podrá válidamente negarse a ejecutar el mandato.

C.- REPRESENTACIÓN

Desaparecida la gratuidad como nota esencial del contrato de mandato la representación pasará a cumplir dicho rol. Mandato y representación eran una misma cosa. Todo mandato llevaba implícito el poder de representación, a tal punto que no se concebía la actuación del mandatario que no representara a su mandante.

⁸ MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1971. p. 37.

Esta concepción del mandato ha cambiado, para tener una institución más sólida. Pasando por la etapa de aceptar la actuación del mandatario que obre en nombre propio hasta llegar - con la doctrina de los pandectistas alemanes - a separar tajantemente ambas instituciones y reconocer que puede existir mandato sin representación y representación sin mandato.

Si bien formalmente la confusión entre mandato y representación se origina en el Código Napoleón, es acogida por la doctrina francesa, y seguida por quienes en ellas se inspiran. El mandato es el contrato por el cual el mandante, se vincula con el mandatario que acepta cumplir un acto jurídico, representándolo en él. El apoderamiento constituido por la declaración unilateral de voluntad del poderdante, acto jurídico de otorgamiento de poder de representación. Todo esto, no obstante, no impide que ambas figuras vayan juntas; es más, posiblemente que con mucha frecuencia así ocurra. Probablemente resulte, en muchos casos, aconsejable que el mandante otorgue a su mandatario poder de representación, a fin de que este realice los actos encomendados en nombre de su mandante. En los casos en que el mandante no otorgue poder de representación al mandatario, este no podrá actuar en nombre del mandante: “Contemplatio Domini”, esto es, la actuación en nombre ajeno (*agere in nomine alieno*), sino únicamente en el propio.

D. OBJETO

Efectuada la diferenciación entre mandato y representación y descartada esta última como característica esencial del mandato, la doctrina ha hallado en el objeto del contrato su nota característica. El objeto del mandato es la celebración de actos jurídicos únicamente. Al respecto, con la claridad de siempre el maestro sanmarquino Ricardo Beaumont Callirgos⁹, expresa lo siguiente:

“El objeto del mandato es la celebración de actos jurídicos únicamente; en la actualidad la doctrina, en forma unánime, no duda en considerar que sólo los actos jurídicos pueden ser objeto del mandato”.

Comentando el Código Civil de 1936, el maestro sanmarquino Angel Gustavo CORNEJO, delimitaba con claridad el objeto del mandato, sin embargo advirtiendo ciertos detalles a tomar en cuenta;

“La expresión “el desempeño de ciertos negocios” ¿Ha de entenderse como limitativa, en el sentido de que sólo los negocios jurídicos pueden ser materia del mandato? Literalmente englobaría todos los negocios posibles ya fueran de naturaleza de hecho o de índole jurídica (...) La expresión legal literalmente

⁹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984”. Lima 1992. En: “Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor”. p. 99.

entendida pecaría por exceso y estaría en discordancia con los antecedentes históricos del mandato y con la regulación que a este contrato da el Código Civil (...) Reducir el contenido de la expresión legal para limitar el concepto del mandato a aquellos servicios que son susceptibles de aparejar una función de representación"¹⁰

En el Derecho Romano no era así y el mandato podía tener por objeto cualquier clase de actos: materiales o jurídicos. Algunas pocas legislaciones continúan con este rezago del Derecho Romano y permiten que el objeto del mandato pueda ser el de realizar tanto actos jurídicos como materiales.

El jurista español ALBADALEJO¹¹, por su lado, señala que el mandato solo puede tener por objeto la celebración de actos jurídicos. Allí es donde se diferencia del arrendamiento de servicios en que el arrendador se obliga a la realización de un trabajo (material o intelectual) o de una obra; es decir que puede tener por objeto la prestación del trabajo o de la obra.

"El obrero o el empleado trabaja para quien los contrato; el mandatario obra jurídicamente (celebra contratos, hace pagos y cobros, administra intereses) por cuenta del mandante".

Los juristas franceses MAZEAUD¹² argumentan, por su lado, que al ser la representación esencial en el contrato de mandato, y no pudiendo tener este por objeto sino actos jurídicos:

"El objeto del mandato solo puede ser el de celebrar actos jurídicos"

E. INTERÉS DEL MANDANTE, Y MANDATARIO O TERCERO.

Es necesario que el mandante tenga interés en el mandato. El mandato en interés exclusivo del mandatario, no pasaba de ser un consejo ('concilium'), es un *monstrum*, o sea no es un mandato, y no genera efectos jurídicos. El mandato otorgado en interés de un tercero exclusivamente, no obligaba al mandatario a su ejecución, viene a identificarse con un mandato por cuenta de tercero. Por lo que debe ser dado en interés del mandante (simple), o de éste y del mandatario o un tercero (mixto).

¹⁰ CORNEJO, Ángel Gustavo. "Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)" Lima 1941 . AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. "Revista de Derecho y Ciencias Políticas". Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.136.

¹¹ ALBADALEJO, Manuel. "Derecho Civil", Torno II, Volumen Segundo, Segunda Edición, Librería Bosch, Barcelona 1979. p. 289.

¹² MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte Tercera, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967. P.. 384.

El mandato conferido en interés exclusivo del mandante, es perfectamente compatible con la figura en análisis.

En su desarrollo histórico el mandato (con representación) era un contrato que se estipulaba en interés del mandante. En efecto, el *dominus* tenía derecho de pretender, con la *actio mandati*, que el mandatario ejecutara las facultades investidas, con el compromiso propio de reembolsarle las expensas erogadas en su ejecución (*mandatum mea gratia*). El esquema abstracto del acto, era tan elástico como para permitir extensiones progresivas a hipótesis en las que el contrato resultaba celebrado en interés directo de un tercero variadamente combinado con el del mandante (*mandatum aliena gratia*). En cambio, por largo tiempo se consideró inadmisibles el otorgamiento de un mandato en interés exclusivo del mandatario (*mandatum tua gratia*), con la consiguiente exclusión de un deber de este último de ejecutar el encargo conferido por el mandante. El mandatario está compelido a obrar en un interés determinado, caso contrario incurriría en una sanción por desviación del poder. El cuidado del interés del representado está *in re ipsa*, aun cuando en la realización del acto confiada al representante este tenga, a su turno, un interés propio adicional al del cumplimiento del acto representativo.

8.4.- MANDATO CON REPRESENTACIÓN

Es un Contrato complejo en virtud del cual el mandatario obra en nombre del mandante sin que por ello, se confunda la Representación y el Mandato. Al respecto el C.C. de 1984:

“Artículo 1790-- Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante”

Este artículo define el contrato de Mandato, puntualizando su característica fundamental: obligación de realizar uno o más actos jurídicos por el mandatario por cuenta y en interés del mandante. El artículo 1790º, al aludir a la realización de uno o más actos jurídicos, difiere del Código Civil de 1936 derogado, que prescribía en su artículo 1627º:

“Por mandato una persona encarga el desempeño de ciertos negocios, a otra que los toma a su cargo...”.

La expresión “negocios” utilizada por el Código de 1936, de alcances extensos, fue entendida, sin embargo, de modo restrictivo por la doctrina nacional. Así, la voz autorizada del maestro sanmarquino Ángel Gustavo Cornejo indicaba que:

“La expresión el desempeño de ciertos negocios ha de entenderse como limitativa, en el sentido de que sólo los negocios jurídicos pueden ser materia del mandato. Literalmente englobaría todos los negocios posibles, ya fueran de naturaleza de hecho o de índole jurídica; pero con esta extensión de significado, no se caracterizan ni se circunscriben los negocios que pueden ser objeto de encargo. La expresión legal literalmente entendida pecaría por exceso y estaría en discordancia con los antecedentes históricos del mandato y con la regulación que a este contrato da el Código Civil. Precisa, pues, reducir el contenido de la exposición legal para limitar el concepto del mandato.”¹³

El precepto aclara, por lo tanto, que el mandato no consiste en la ejecución de cualquier tipo de actos, sino exclusivamente actos jurídicos.

8.5.- MANDATO SIN REPRESENTACIÓN

El mandato sin representación, es el mandato propiamente dicho, en el cual el mandatario actúa en propio nombre.

No obstante, el jurista francés Louis JOSSEAND, define el mandato sin representación, al que también conoce como figura del Prestanombre, en los siguientes términos:

“ (...) El mandatario se presentará al público, no en calidad de tal, sino personalmente; tratará, no alieno nomine, sino propio nomine. Entonces el mandato será un asunto de orden interior; no rebasará el círculo de las partes, no trascenderá al exterior.

Por eso, es imposible ver en el mandato sin representación un verdadero mandato; despojado de su característica natural, no es ya más que la sombra de sí mismo, está reducido al estado de mandato incompleto, de mandato imperfecto, un mandatario sin poder de representación no habla ni obra, ya en nombre de su comitente, hace su asunto propio, salvo el rendir cuentas después al mandante.”¹⁴

Es el contrato, mediante el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en su propio nombre, con la peculiaridad que es por cuenta y en interés del mandante.

Desde la doctrina Argentina, Jorge MOSSET ITURRASPE, diferencia el mandato con y sin representación, sosteniendo sus argumentos desde la perspectiva del Código civil argentino, expresando lo siguiente:

“MANDATOS CON Y SIN REPRESENTACIÓN

El mandato con representación es el definido en el artículo 1869 del código civil, siempre que se entienda que el contrato de mandato implica un encargo para celebrar uno o más actos jurídicos y la representación se origina en otro negocio, de naturaleza unilateral, agregado o adicionado al de encargo, por el cual se confiere el poder o procura que posibilita y legitima la actuación del mandatario en nombre del mandante. El

¹³ CORNEJO, Angel Gustavo. “Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)” Lima 1941 . AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”. Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.136.

¹⁴ JOSSEAND, Louis. “Derecho Civil”. Buenos Aires 1951. Editorial Bosch. 8 Tomos. Tomo II. Volumen II. Traducción Santiago Cunchilló y Manterola. p. 377.

mandato sin representación es el aludido en el art. 1929 del código civil; hay en él encargo, pero falta el negocio de apoderamiento; de ahí que el mandatario deba cumplir con la celebración de los actos jurídicos en su propio nombre, aunque en interés ajeno.

Siendo dos los negocios que confluyen para crear la figura del mandato con representación, son también dos las relaciones que coexisten: la interna, entre mandante y mandatario, caracterizada por el "deber" de cumplir un encargo conferido y aceptado, regulada por el contrato de mandato; y la externa, entre mandante y tercero, caracterizada por el "poder" que posibilita la actuación en nombre ajeno, regulada por el negocio unilateral de apoderamiento. De la confusión conceptual que se advierte en el Código y de la equivocada metodología, tratamiento conjunto de ambas relaciones, no debe desprenderse para la doctrina una actitud de menosprecio o subestimación de los distinguos precedentes. De donde el mandato con representación es normado por las reglas del mandato y de la representación, como dice expresamente el art. 1704 del cód. civil italiano.

El mandato por sí sólo, reiteramos, no legitima la actuación del mandatario "en nombre" ajeno; posibilita tan sólo su obrar "en interés ajeno", pero en nombre propio. En otras palabras, la relación interna no es bastante para autorizar una relación externa creada directamente entre encargante y tercero"¹⁵

El mismo escritor argentino, Jorge MOSSET ITURRASPE, enfatiza respecto a los efectos del mandato sin representación, explicando que:

"El mandato no representativo. En el mandato sin representación el mandatario contrata en su propio nombre con el o los terceros "... si contrata en su propio nombre no obliga al mandante respecto de terceros ...", art. 1929. Ponemos el acento en que el mandatario es encargado de contratar con los terceros -o de celebrar otros negocios- aunque carezca de representación.

Así como en el mandato para adquirir sin representación los efectos del negocio se cumplen en cabeza del mandatario: que escritura a su nombre, recibe la tradición, paga el precio, etc. etc., incluso inscribe el dominio a su nombre. Y esto, conviene remarcarlo, es lo querido por las partes; no se trata de una "formalidad" o una "ficción" que se divorcia de la "realidad" de los hechos; de un interés que meramente aparenta existir y, en rigor, no existe. No es simulación, interposición aparente o simulada, sino realidad".¹⁶

De ordinario, muchos confunden con la representación indirecta. Sin embargo, este contrato se distingue de la representación indirecta, porque ésta figura surge como consecuencia de un acto unilateral, por lo que el representante no asume obligación. En el contrato de mandato sin representación el mandatario tiene asumida una obligación de actuar.

La doctrina, enseña respecto a la representación indirecta que a diferencia de la directa, en la indirecta el representado encarga al representante que realice por su cuenta el acto que sea, pero no en su nombre; así que, al celebrarlo, el representante, si bien *in pectore* obra en interés y por cuenta del representado, no lo revela a aquel con quien lo celebra. Procede pues, como si se tratase de acto para él, en el que no se toma en consideración que es representante.

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Mandatos". Buenos Aires 1979. Editorial Ediar. pp. 100-101

¹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Mandatos". Buenos Aires 1979. Editorial Ediar. p. 102

En el mandato sin representación, las relaciones son de directas e indirectas tipos. Las relaciones directas se dan entre el mandatario y el tercero. Y las relaciones indirectas se dan entre el mandante y ese mismo tercero, ello porqué el mandante conoce al mandatario y no al tercero. El mandatario, frente al tercer contratante asume en propio nombre las obligaciones y derechos que se derivan del acto jurídico pactado por cuenta del mandante. Posteriormente, en un segundo acto jurídico, el mandatario deberá entregar al mandante los resultados del acto celebrado. De esta manera, el mandatario adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones derivados de los actos celebrados en nombre propio con los terceros, pero por cuenta y en interés del mandante.

En principio será indiferente que los terceros tengan conocimiento del mandato, no obstante es necesario, que no concurra la *contemplatio domini*, que es un elemento característico de la representación, es decir que el mandatario no declare al tercero -su contratante-, que obra en nombre del mandante; empero, no equivale a *contemplatio domini* el conocimiento del tercero contratante de que el mandatario obra por cuenta del mandante (siempre que el mandatario haga uso únicamente del propio nombre). El mandato sin representación que consagra el Código civil de 1984, tiene en cuenta las características expuestas.

8.6.- DIFERENCIAS DEL MANDATO CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

El mandato, la representación, y el poder, son figuras analizadas en sus diferencias, en capítulos anteriores, en todo caso a las cuales nos remitimos, por ello en la presente corresponde analizar las diferencias del mandato con otras figuras, que enseguida detallamos.

8.6.1- . DIFERENCIAS DEL MANDATO CON LA LOCACION DE SERVICIOS

La Locación de servicios, es un contrato, y en el Código civil peruano, se encuentra definido en el “Artículo 1764.- *Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución*”. En la Locación, si bien no hay subordinación, si se da una indudable dependencia del locador frente al comitente,

mientras que en el mandato no hay ningún tipo de dependencia, hay una especie de sustitución de personas, y es más decisivo el *intuitu personae*, y la autonomía gestora esta muy presente en el mandato. Con carácter general puede afirmarse que a falta de título expreso, si la actividad o servicio no es dependiente y no se presta en el ámbito de dirección de un empresario, la relación ha de considerarse mandato y no locación. En general el mandato se refiere a actividades donde es más decisivo el aspecto *intuitu personae*, mientras que en la Locación se valora principalmente el servicio en sí mismo considerado más que la persona que lo presta.

Una manera de caracterizar el contrato de mandato es atendiendo el objeto del mismo, pues bien, encontramos que es la realización por parte del mandatario de un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza (Artículo 1790° del Código Civil peruano), mientras que en la locación podrá convenirse la realización de un servicio o de una obra (si se tratará de contrato de obra). El Código civil peruano, prescribe en el “*Artículo 1765 (...) materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales*”. No obstante, que algunas legislaciones siguen hoy el criterio de los romanos y admiten que el mandato puede dirigirse a la realización de servicios o actos materiales no propiamente jurídicos, Código Civil francés artículo 1984; Cód. Civil español, Artículo 1709; Código civil suizo, Artículo 394; Código Civil alemán, Artículo 662. No obstante la legislación comparada, postulamos que el objeto del mandato es la realización de un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza. Por otro lado, la doctrina alemana en la opinión de uno de sus brillantes exponentes Ludwig. ENNECERUS¹⁷, establece que:

“Por la gratuidad el mandato se distingue del contrato de servicios y del contrato de obra. No obstante el mandato no implica donación ya que la gestión de los negocios no se asume como obligación que disminuya el patrimonio”.

Opinión de valor en el Derecho comparado, pero que no alcanza a nuestro derecho positivo, toda vez que el mandato inclusive se presume oneroso (artículo 1791°)

¹⁷ ENNECERUS, Ludwig. “Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones”. Barcelona 1944. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo II. 2 volumen. p. 320.

8.6.2- . DIFERENCIAS DEL MANDATO CON LA GESTIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS.

Para establecer las diferencias entre el contrato de mandato y la gestión de negocios (regulado en el Código civil peruano en los artículos 1950°-1953°), hay muchos criterios, así desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de ambas figuras surge inmediatamente una profunda diferencia: el mandato es un contrato (Artículo 1790), y la gestión de negocios un acto unilateral, en el Derecho comparado se considera incluso un cuasi – contrato, como lo manifiesta el propio VÉLEZ en el artículo 2288 y notas a los artículos 499 y 899, del Código Civil argentino. En ese sentido, la doctrina en los escritos de Giorgio DE SEMO, citado por Sánchez Urite¹⁸, al tratar de la gestión de negocios y su diferencia con el mandato, opina:

“La gestión de negocios no debe confundirse tampoco con la del mandato. Y en verdad, sea que el mandatario esté provisto del poder de representación por el mandante, sea que obre en propio nombre con los terceros, la relación entre mandante y mandatario surge de un negocio jurídico bilateral (contrato), mientras que la gestión de negocios, como se ha visto, es un acto unilateral que el gestor ejecuta por propia iniciativa, mientras que en el mandato, el mandatario está obligado a obrar en provecho del mandante”

La delimitación de cada una de las figuras en cuestión, ante el texto expreso de los artículos respectivos del Código, y en el Derecho comparado, ha sido labor de la jurisprudencia y de la doctrina, a veces procurando establecer diferencias evitando argumentos sutiles, se ha expuesto que si la persona cuyo negocio se gestiona desde el comienzo de la gestión sabía que otra se ocupaba de ello, estamos ante un caso de mandato tácito; si al comienzo de la gestión el dueño ignoraba tal circunstancia, estamos ante un caso de gestión de negocios.

La doctrina a encontrado, dificultad en diferenciar el mandato de la gestión de negocios, cuando se trata de la distinción del mandato tácito (figura no regulada en el Código civil peruano), y la gestión de negocios. Ernesto Sánchez Urite¹⁹, quien además cita a otros dos juristas, señala que:

En Roma ello no ocurría si una persona se ocupaba de los negocios de otra sin que ésta lo supiera, nos hallábamos ante un caso de gestión. CARAMÈS FERRO 383 cita los requisitos necesarios para hallarnos ante

¹⁸ DE SEMO, Giorgio. “La gestión de negocios ajenos”, p. 48. SANCHEZ URITE, Ernesto A. “Mandato y representación”. Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p. 295.

¹⁹ SANCHEZ URITE, Ernesto A. “Mandato y representación”. Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p. 294. 383 Cfr. CARAMÈS FERRO, ob. Cit. t. II, pág. 190. 384 Cfr. JOSSERAND, ob. Cit., t. II pág. 359.

un caso de gestión de negocios ajenos: “ ... que el gestor obre espontáneamente y el dominus rei gestae ignore la gestión pues si aquél obra por encargo del administrador hay mandato expreso y mandato tácito si éste conoce la gestión sin oponerse”. Esta aceptación tácita sólo la vemos en el caso del mandatario que se ocupa del negocio de otro, con JOSSE RAND entendemos que no se podría tenerse el mandato por celebrado de manera tácita por parte del mandante; sería peligroso establecer presunciones en este sentido; estimamos que en caso de duda debe estarse porque nos hallamos frente a una gestión de negocios 384”

CAPITULO IX

MANDATO Y PODER EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

9.1.- EL MANDATO Y EL PODER EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

La Constitución de 1993, no contiene norma que regule el mandato y el poder, no podría regular, si debería regular aspectos relacionados al otorgamiento de poder y mandato, es decir sobre la autonomía de la voluntad, y la libertad de contratar. La Carta Magna vigente, consagra norma que regula la libertad de celebrar actos jurídicos, se refiere a ella cuando en el Artículo 2º numeral 14, prescribe como derecho de toda persona de “contratar con fines lícitos”. Además adviértase como defecto técnico, el hecho de señalar “persona”, cuando de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico (Libro I, de nuestro C.C.) lo más apropiado debió referirse a “sujeto de derecho”. Además el artículo 62º se refiere a la libertad de contratación, y garantiza el respeto por los contratos. No encontramos artículo que específicamente contenga la disposición sobre la libertad de realizar actos jurídicos o contratos por medio de representantes, de hacerlo sería muy reglamentarista.

HACIA UNA TEORIA GENERAL

La idea matriz en este aspecto, es responder a la pregunta: ¿Nuestro Sistema Constitucional responde a un Sistema de Seguridad Jurídico Dinámica o Estática?

SEGURIDAD: DINÁMICA Y ESTÁTICA.-

En todo el mundo el paso de una civilización agrícola a otra industrial significo el

advenimiento de la modernidad (capitalista o socialista), con él surgen nuevos actores (Burgueses y Proletariados), nuevas instituciones: Las Empresas (organizadas para limitar la responsabilidad de los capitales afectados, en forma de Sociedad Anónima); y también lanza al mercado grandes propiedades inmobiliarias, liberándolas de su secular ostracismo, este hecho, más el surgimiento de grandes ciudades vinculadas por vías terrestres, lacustres, marítimas, y aéreas, entre unas y otras, acentuó la preocupación de recientemente constituidos Estados Naciones, por la seguridad de las transferencias de bienes, y la actuación responsable de los sujetos de derecho. Para el efecto se establecieron dos Sistemas de Seguridad Jurídica Dinámico y Estático. El Primero propende a tutelar la circulación de bienes, en el marco de la economía de mercado. La segunda a tutelar al titular primigenio de bienes y derechos.

9.2.- MANDATO Y PODER EN EL CÓDIGO CIVIL

9.2.1.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852.

El Código Civil de 1852, fue dado en medio de inestabilidad política, y gracias al aporte desinteresado de muchos hombres de leyes, después de 31 años de vida independiente el Perú, asistía a la promulgación de una de las más importantes leyes de la Republica. El especialista en Historia del Derecho, Carlos RAMOS NUÑEZ, es del criterio que:

“La sagacidad política de un gobernante como Ramón Castilla, bajo cuyo primer gobierno se gestarían los dos primeros proyectos del Código Civil, hizo que liberales y conservadores participaran por igual en las comisiones de reforma. Al parecer, Castilla ambicionaba un código de transacción, de equilibrio entre las diversas tendencias. (...) A diferencia de otras experiencias latinoamericanas, en el Perú prevalecieron dos características: a) el trabajo colectivo, y b) una comisión codificadora omnisciente, que no se restringía a una sola tarea”¹

A diferencia de los países de mayor tradición jurídica de la Región sudamericana, como Chile que tuvo en Andrés Bello a un gran codificador, Brasil que tuvo a Teixeira de Freitas; o la Argentina que encontró en Dalmacio Vélez Sarsfield, su gran codificador; en Perú la labor Codificadora fue obra colectiva, que se

¹ RAMOS NUÑEZ, Carlos. “La Codificación del Siglo XIX; Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852” Tomo II. Lima 2005. Fondo Editorial de la PUCP. Primera edición 2001. Primera reimpresión. p. 182.

encargo a una junta de codificadores. Dicha comisión, estuvo presidida por Manuel Pérez de Tudela (Arica 1774- Chorrillos 1863), profesor de Derecho Romano en San Marcos, colaborador de la publicación “La Abeja Republicana” y Ministro plenipotenciario de Bolívar en Panamá; y conformada además por Francisco Javier Mariategui (Lima 1793-1884); Manuel López Lisson (Guayaquil 1800 – Lima 1867); Mariano Carrera (¿ - Lima 1847); José Julio Rospigliosi (Tacna ¿ - Lima 1874), José Manuel Tirado (Lima 1809-1855), y José Luis Gómez Sánchez (Lima 1809-1855). Siendo que la Comisión de Códigos comenzó sus trabajos el día 2 de enero de 1846, conforme lo había estipulado el decreto del 20 de diciembre de 1845.

En lo que respecta al Derecho Civil, y más específicamente al tema del Contrato de Mandato, la Comisión se inspiró fundamentalmente en el Código Civil francés. No obstante, que en general el Código tiene también innegable influencia del Derecho Español, especialmente el Derecho Castellano, el Derecho de Indias y el Derecho Canónico. Fue un código Tradicionalista, debido a que regula sobre el clérigo, asimismo contempla muchas figuras de civil patrimonial vinculadas al feudalismo, como los ingenuos, siervos, las capellanías y el patronazgo, e incluso del esclavismo, prescribe entre sus normas la esclavitud, y a los libertos.

El plan del Código de 1852, es el mismo que el Código Civil francés de 1804. El Código se divide en:

- a) Título Preliminar** (de las leyes en general)
- b) Libro 1º:** De las personas y sus derechos.
- c) Libro 2º:** De las cosas: del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellos.
- d) Libro 3º:** De las obligaciones y contratos.

En cuanto al mandato, y poder, regula asumiendo como sinónimos los términos de mandato y procuración (artículo 1921), el mandato se encuentra contemplado en el Libro Tercero, Sección Quinta, Título I, Artículos 1921 al 1950. En seguida reproducimos el contenido de los artículos que estima el investigador, son de mayor trascendencia.

LIBRO TERCERO: DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS
SECCION V: DE LOS CONTRATOS FUNDADOS EN LA CONFIANZA.
TITULO I: DEL MANDATO.

Art. 1921. Mandato ó procuración, es el contrato por el cual una persona encarga el desempeño de cierto negocios, á otra que los toma a su cargo.

Art. 1922. Este contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario.

Art. 1923. El mandato es general o especial: general, el que comprende todos los negocios del mandante; especial, el que tiene por objeto uno ó mas negocios, pero ciertos y determinados.

Art. 1924. Puede celebrarse entre presentes ó ausentes, por escritura publica ó privada, y aun de palabra.

Art. 1926. Por el encargo que se hace en términos generales, solo queda autorizado el mandatario para actos de la administración.

Art. 1927. Para enajenar, hipotecar, afianzar, donar, transigir o disponer de cualquier otro modo de la propiedad del mandante, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura publica.

Art. 1928. El mandato se entiende gratuito, siempre que no haya convención en contrario.

Art. 1931. El mandatario esta obligado:

1. A desempeñar el mandato que hubiese admitido, mientras dure el encargo y no se le revoque; siendo responsable de los daños, y perjuicios que resulten de la enajenación;
2. A concluir el negocio o encargo que estuviese empezado a la muerte del mandante, si la suspensión puede perjudicar a los intereses de este;
3. A responder de las pérdidas y perjuicios que cause al mandante por dolo o culpa en el manejo de los negocios;
4. A sujetarse a las instrucciones que hubiese recibido del mandante;
5. A dar cuentas de su administración.

Art. 1937. Esta obligado el mandante:

1. A satisfacer al mandatario las anticipaciones y los salarios estipulados;
2. A indemnizar al mandatario las pérdidas sufridas por causa del mandato;
3. A cumplir estrictamente todas las obligaciones que hubiese contraído el mandatario con arreglo al poder y a las instrucciones que recibió.

Art. 1938. No está obligado el mandante á lo que hubiese hecho el mandatario excediéndose de las facultades ó instrucciones que tenia; á no ser que lo ratifique después expresa ó tácitamente.

Art. 1942. El mandato se acaba:

1. Por revocación del mandante;
2. Por renuncia del mandatario;
3. Por muerte, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario;
4. Por concluirse el objeto para que se dio.

Art. 1943. El mandante puede revocar el cargo cuando lo parezca, y exigir del mandatario las cuentas, los documentos, y cuando concierna á la comisión.

Art. 1944. Debe notificarse la revocación, no solo al mandatario, sino a cuantos intervengan y sean interesados en el negocio.

Art. 1945. La revocación notificada solo al mandatario, no puede oponerse a los terceros que, ignorando la revocación, han tratado con el; pero en este caso le queda al mandante su derecho expedito contra el mandatario.

Art. 1948. Si el mandatario ignora que ha muerto el mandante, o que por otra causa debe cesar en el cargo, será valido cuando haga con esta ignorancia.

9.2.2.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1936

Siguiendo tradición reciente; el Código Civil de 1936, fue obra colectiva, que se encargó a una junta de codificadores. Esta vez la labor Codificadora, estuvo bajo responsabilidad de los juristas: Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, Alfredo Solf y Muro, Juan José Calle, y Pedro M. Oliveira, hombres de Derecho de primer orden. El jurista Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS, explica respecto al articulado relacionados a los temas del mandato y la representación:

“El Código Civil de 1936 constaba de un título preliminar de XXV artículos y 5 Libros: Personas, Familia, sucesiones, Reales, y Obligaciones. En la sección quinta del Libro Quinto, de los diversos contratos, fue tratado el de mandatos; (...) No aparece el tema de la representación”.²

Asimismo es preciso señalar que a la fecha de su promulgación se encontraba superada la teoría de la identidad entre mandato y poder, no obstante y siendo que el Código civil de 1936, se inspiró en la doctrina francesa, regulo la representación como la faz externa del mandato.

De los mayores comentaristas del Código Civil de 1936, se encuentra el maestro sanmarquino Angel Gustavo Cornejo, específicamente respecto al tema del contrato de mandato, tema estudiado y comentado en la “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”, cuyo Director fue Pedro M. Oliveira. Decano, en el año 1941, dedicando el comentario al “Capítulo XI. Mandato” p. 134-178, de la mencionada publicación, de mucha influencia a nivel nacional, en su tiempo. En dicha ocasión, y siguiendo a Sánchez Román, Angel Gustavo Cornejo, dice que:

“Para nosotros el mandato el mandato puede ser bilateral o unilateral, según o sea o no retribuido. Si se estipula, será bilateral; si no se estipula será unilateral (...) (Sánchez Román pag. 494)”³

Asimismo, respecto a la delimitación del contenido del mandato, y explicando los alcances de una expresión del artículo correspondiente del Código Civil de 1936, el citado autor, dirá:

“52. Contenido del mandato.-

La expresión “el desempeño de ciertos negocios” ¿Ha de entenderse como limitativa, en el sentido de que sólo los negocios jurídicos pueden ser materia del mandato? Literalmente englobaría todos los negocios posibles ya fueran de naturaleza de hecho o de índole jurídica (...) La expresión legal literalmente entendida pecaría por exceso y

² BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984”. Lima 1992. En: “Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor”. p. 95.

³ CORNEJO, Angel Gustavo. “Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)” Lima 1941 . AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”. Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.135.

estaría en discordancia con los antecedentes históricos del mandato y con la regulación que a este contrato da el Código Civil (...) Reducir el contenido de la expresión legal para limitar el concepto del mandato a aquellos servicios que son susceptibles de aparejar una función de representación”⁴

Respecto a la representación, el jurista arequipeño, sostiene que:

“La representación ínsita en el mandato consiste en el hecho puro de actuar un sujeto en nombre de otro”⁵

Angel Gustavo Cornejo, escribe también de la sustitución, revocación, representación indirecta, de la representación legal. Y asimismo comenta que entre nosotros, según opinión del autor del Código Civil, queda al arbitrio de los jueces, o a la jurisprudencia de los tribunales, el establecer los casos en que el mandato puede ser irrevocable, pues los principios en que se basa la irrevocabilidad son sustanciales en nuestro sistema jurídico. Asimismo agrega, que para que produzcan deben llenarse las formalidades estatuidas en el artículo 1651, esto es la revocación debe notificarse no sólo al mandatario sino a cuantos hayan intervenido (art. 143 C.de .P.C). que la notificación supone un mandato especial (art. 1627º, II parte) y debe hacerse personalmente, sin perjuicio de que la revocación se inscriba en el Registro de Mandato (Inc. 2º del art. 1066) en resguardo de los intereses de tercero. ¿Y si incumple con notificar al mandatario, u omite la inscripción en el registro de mandatos?. Responde el mismo Angel Gustavo Conejo:

“Los actos y contratos practicados por el mandatario, no tienen efecto ni pueden dañar a los que hubiesen contratado con él a título oneroso, a base del mandato inscrito en el registro del lugar de la celebración del contrato; después de la revocación (art. 1068)”⁶

No legisló la representación en forma autónoma, como lo había hecho el Código Alemán o el Suizo, sino que incluyó sus reglas dentro de las relaciones que le servían de base.

En opinión de Ruy De La Riva Rossi, el Código de 1936:

“Sólo se ocupa de la representación voluntaria al tratar del mandato, como si su conexión fuera necesaria e inseparable, cuando la representación voluntaria se da en otra forma de gestión: sociedad, locación de servicios”⁷

⁴ CORNEJO, Angel Gustavo. Ob, Cit. 136.

⁵ CORNEJO, Angel Gustavo. Ob, Cit. 139.

⁶ CORNEJO, Angel Gustavo. Ob, Cit. 172.

⁷ DE LA RIVA ROSSI, Ruy. "La Representación". Lima 1964. Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 25.

Está claro, que el Código de 1936, no se aceptó la autonomía del Mandato y la Representación, ambas instituciones claramente definidas, y diferenciadas, por la doctrina de origen alemán.

En las Actas de Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, señala uno de los más influyentes juristas civilistas de aquellos tiempos, el Doctor Manuel Augusto Olaechea y Olaechea:

"Estimo fundamental, en este orden de ideas, distinguir los contratos generadores de obligaciones entre las partes y el mandato. Este último se base exclusivamente en el principio de la representación, del cual se deriva la noción de la revocabilidad permanente, que es su nota característica. Todo lo que el mandatario haga dentro de la esfera de su mandato, aprovecha o perjudica a su mandante y se entiende practicado en su nombre. Así considerado, el mandato es un acto preparatorio que sólo autoriza a contratar en nombre de otro. No tiene un fin principal. Sirve de preliminar a otros actos y se traduce de un estado jurídico de carácter previa establecido para utilidad del mandante. Sus efectos se producen siempre respecto del representado y es este quien se convierte en propietario, acreedor o deudor por razón de los actos practicados por el mandatario".

Era generalizada, la idea de comprender a la Representación, como figura implicada en el Mandato; una doctrina modernamente proveniente de la doctrina francesa, no sorprende por ello la opinión doctrinaria del influyente jurista de aquellos tiempos, el Doctor SOLF Y MURO:

"El mandato es un acto o contrato de representación a tenor de los artículos 1627º y 1640º del Código, de modo que su efecto necesario es la creación de un contrato entre el mandatario, en nombre del mandante y un tercero".

Los mencionados juristas nacionales, Olaechea, y Solf y Muro, citados por Castro Salinas⁸.

9.2.3.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Consolida la tradición iniciada en el Código Civil de 1852, y continuada en el de 1936, de ser obra colectiva, la elaboración, redacción, autoría, se encargó a una junta de codificadores. Esta vez la labor Codificadora, se plasmó primero a través de una Comisión Reformadora, que duro 19 años desde 1965-1984, y posteriormente una Comisión Revisora. En dichas labores codificadoras, participaron destacados juristas, como: José León Barandiarán, Ismael Bielich Flórez, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Max Arias Schreiber Pezet, Carlos Fernández Sessarego, Romulo Lanatta Guilhem, Fernando Vidal Ramirez, asimismo Manuel De la Puente y Lavalle, Fernando De Trazegnies Granda,

⁸ CASTRO SALINAS, Javier; "Mandato y Representación". Lima 1987. En: "Temas de Derecho Contractual". Editorial Cuzco.

Jorge Avendaño Valdez, Felipe Osterling Parodi, entre otros. En la Comisión Revisora, la parte correspondiente a Mandatos al parecer, estuvo a cargo de Carlos Cárdenas Quiroz.

En necesario recordar que en nuestra Tradición Legislativa, los Códigos Civiles de 1852, y de 1936, no contemplaron un tratamiento especial y específico sobre la figura de la representación, de cierta manera se refieren a ella al regular el Contrato de Mandato. Es preciso afirmar que tanto el legislador de 1852, como el de 1936, concibieron el Mandato como fuente auténtica de la Representación.

El Código Civil de 1984, dispensa un tratamiento general de la figura de la Representación en el Libro II, relativo al Acto Jurídico, artículos 145 a 167.

¿Y qué tratamiento dispensa al Mandato?. El Código civil peruano vigente regula al contrato de Mandato en el Libro VII, establecido para las Fuentes de las Obligaciones, en el Título IX: Contrato con prestación de servicios, contempla: **a.** La locación de servicios. **b.** El contrato de obra. **c.** El mandato. **d.** El deposito. **e.** El secuestro. Siendo dedicado el Capítulo cuarto: Mandatos, con Seis Sub - Capítulos (Artículos 1790-1813)

En cuanto al mandato, éste ha sido desvinculado de la representación, superando así la confusión de conceptos del Código derogado. Asimismo es pertinente señalar que en el Código Civil vigente, el Mandato constituye una modalidad del contrato de prestación de servicios nominados (artículo 1756º, literal c), posición legislativa que se inspira en el Código Civil portugués de 1967 (artículo 1155º), en atención a que el mandato se caracteriza como la locación de servicios y el contrato de obra, por la obligación que asume una de las partes de proporcionar sus servicios a otra.

Si bien es cierto, existe una regulación general de la representación y del mandato, en los Libros de Acto Jurídico (Libro II), y Fuentes de las Obligaciones (Libro VII), ello no impide que existan normas dispersas y más específicas en los otros Libros del Código, que regula la representación sobretodo legal, en seguida pasamos a señalar:

El maestro sanmarquino Aníbal Torres, menciona como figuras de representación legal reguladas en el Código, a las siguientes:

“Artículos del Código que se refieren a la representación legal: Curatela: 565, 576, 568. Tutela: 527, 532. Sociedad conyugal: 315, 294, 146. Patria potestad: 118, 419, 423.6, C. de los niños: 82. Personas jurídicas: 79, 76, Ley 25372 que modifica el art. 2028. Albaceazgo: 788. Mandato:

1806, 1796. Administración Judicial: bienes del ausente (art. 54), herencia indivisa (art. 851), copropiedad (art. 972). Dependencia: art. 165, 897.”⁹

En referencia al Código Civil de 1936^o, el jurista José ITURRIAGA ROMERO, menciona como supuestos de representación legal, los siguientes:

“-Padre y madre:

Administran y regulan sus derechos pero carecen de facultades de disposición sobre los mismos requiriendo, en este último caso, de autorización judicial. No pueden representarlos en actos de comercio ni aunque sea en interés o beneficio, salvo excepciones.

- Tutor y protutor.

- Marido

Es el representante legal de la sociedad conyugal y el administrador de bienes, administra la dote, representa a la mujer y administra sus propios bienes (...)

- Heredero con beneficio de inventario.

- Curadores especiales

- Curador especial testamentario

- Representante de los bienes del ausente.

- Curador de la herencia yacente.

- Sindico de la quiebra”¹⁰

9.2.3.1.- LIBRO I DERECHO DE LAS PERSONAS

Analizamos en atención a las cuatro categorías de Sujetos de Derecho: Concebido, Persona Natural, Persona Jurídica Inscrita, y Persona Jurídica No Inscrita.

A.- LA REPRESENTACIÓN DEL CONCEBIDO

El concebido es un sujeto de derecho, como tal tiene capacidad. Sin embargo, no es un sujeto de derecho cualquiera, sino es privilegiado, por ello la capacidad opera sólo “para todo cuanto le favorece”. Dentro de este orden de ideas, el concebido goza de derechos, patrimoniales y personales, sin embargo, no puede ejercerlos directamente por obvias razones. Es por eso que se efectivizan a través de sus representantes legales, de la siguiente manera:

1° Si el concebido tiene padre y madre, sus representantes son ambos padres.

2° Si el concebido no tiene padre, o éste ha sido suspendido la patria potestad, su representante será su madre.

⁹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 386.

¹⁰ ITURRIAGA ROMERO, José. “La Representación en el Derecho Privado”. Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. pp. 99-102.

3° Si el concebido, en el caso anterior, pese a tener madre, se encuentra también suspendida de la patria potestad, su representante será un curador designado por el juez.

4° En virtud del artículo 606, inciso 1° del Código Civil, se nombrará un curador especial cuando exista conflicto o peligro de los intereses del hijo (comprendiendo dentro de este concepto el del hijo concebido), con respecto a los de sus padres que ejercen la patria potestad.

El artículo 617 del C.C. expresa que: “La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte”.

La presencia del concebido en el ordenamiento jurídico tiene un fin, es decir un término, el cual puede darse, excluyentemente, en cualquiera de estas dos modalidades:

1.- Nacimiento con vida del ser humano, con lo cual la misma referencia ontológica se transforma de sujeto de derecho concebido a sujeto de derecho persona individual.

2.- Muerte del ser humano en formación, dentro de la cual se admiten dos hipótesis, a saber:

a) Muerte antes del nacimiento, denominada con el nombre de aborto, el cual puede ser espontáneo o intencional.

b) En el momento mismo del nacimiento, cuando el ser humano muere antes de desprenderse del cordón umbilical.

El Código Civil, en caso de que el concebido naciera muerto o muriera antes de su nacimiento no le concede ningún derecho patrimonial.

La situación de los bienes del concebido, en el caso de que el padre del concebido fallezca y su madre haya sido destituida de la patria potestad, establece el Código Civil en el “Artículo 598°.- A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la **persona nombrada por el juez** (negritas del autor), a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido”.

La conjugación del verbo en tiempo futuro es para precisar determinados alcances, por cuanto este artículo implica asumir la interpretación asumiendo la condición suspensiva, “que nazca vivo”. Está “**persona nombrada por el juez**”, es un

representante judicial, actúa de conformidad a las facultades otorgadas por el Juez.

El especialista en Derecho de Personas Juan ESPINOZA ESPINOZA, expresa con respecto a fundamentar la figura de la representación del concebido, lo siguiente:

“La Representación del Concebido.

Cuando nos referimos a la representación del concebido, no podemos pensar en un tutor porque solamente se nombra el mismo en el caso de un menor nacido, tampoco podemos pensar en un curador general, ya que esta institución supletoria de amparo, sólo se ejerce en el caso de los mayores incapaces.

El concebido es sujeto de derecho, por consiguiente, tiene capacidad. Ahora bien, al ser un sujeto de derecho privilegiado, su capacidad opera sólo “para todo cuanto le favorece” (...) el concebido goza de derechos tanto patrimoniales como extra patrimoniales, sin embargo, no puede ejercerlos por sí mismo. Es por eso que se efectiviza a través de sus representantes legales”¹¹

B. LA REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA NATURAL.-

Fernández Sessarego apunta que el artículo 3 de la Constitución Política de 1993, como el artículo 5 del Código Civil peruano, pueden ser considerados como lo que en doctrina se conoce como cláusula general de tutela de la persona humana, apreciada como unidad psicosomática, no obstante las diversas manifestaciones de la personalidad dignas de protección normativa específica. En verdad, al tutelarse algunas de tales múltiples expresiones se está reconociendo el valor mismo de la persona humana como supremo bien del derecho. La consagración normativa del nombramiento de un curador interino, esta pensada en tutelar a la persona. Lo que pretende el codificador es la custodia de los bienes del desaparecido cuando no existe representante con poderes suficientes.

El artículo 44, inc. e), de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, Literal modificado por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28413, publicada el 11-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"e) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas.". Siguiendo literalmente a su antecedente, el derogado artículo 2030 C.C. establece que se inscriben en el Registro Personal las resoluciones que declaren la

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Estudios de Derecho de las Personas". Lima 1996. Editorial Huallaga. pp. 57-58.

desaparición, lo cual es una gravísima contradicción con el artículo 47, que regula la desaparición.

Artículo 47.- Nombramiento de curador por desaparición

"Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público."

La desaparición, como el nacimiento, o la muerte, son hechos que producen efectos jurídicos, y son susceptibles de inscribirse en el Registro Personal de Registros Públicos.

Se inscriben en el Registro Personal, y en el de Mandatos y Poderes, que a su vez ambos son integrantes del Registro de Personas Naturales unificado por la Ley de creación del Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Ley No. 26366, del 14.10.94. Es totalmente absurdo e inútil inscribir una resolución que "declare" la desaparición en el Registro de Estado Civil, tal como parecería deducirse del artículo 44, inc. e) de la Ley No. 26497. Lo que se busca tutelar con la desaparición es el interés de aquellos que dependen económicamente del desaparecido, nombrando a una persona que administre el patrimonio del mismo. La desaparición es una etapa previa y de hecho a aquella otra, de derecho, que es la declaración judicial de ausencia, la cual implica una posesión temporal de los bienes del ausente. En tanto no se modifique el mencionado inciso, limitando sólo la declaración de ausencia, de muerte presunta y el reconocimiento de existencia, como actos inscribibles en el Registro de Estado Civil, queda al operador jurídico el camino de la interpretación restrictiva.

Para la desaparición, el código civil, de acuerdo a la modificación introducida por el código procesal civil de 1992, se puede solicitar ante el juez el nombramiento de un curador interino, dentro de un plazo de sesenta días, para el caso de la declaración de ausencia deben haber transcurrido dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido (artículo 49 C.C). La posesión temporal de los bienes del ausente, que será declarada judicialmente, corresponderá a quienes serían los herederos forzosos al tiempo de dictarla. Ellos tienen los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y gozan de los frutos con la limitación de reserva de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (artículo 50). Es obligatorio realizar un inventario previo a

la posesión temporal de bienes (artículo 51). Los bienes sometidos a posesión temporal no pueden ser vendidos ni gravados (artículo 52), salvo por caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial (artículo 56). El C.C establece en el “Artículo 53º.- La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente”.

Es sorprendente que el Libro I, del Código Civil peruano de 1984, el cual es muestra plena de la profunda visión humanista del Derecho, considerando a la persona como un valor en sí misma que, en materia de ausencia, sólo regule los aspectos patrimoniales del desaparecido, dejando de lado la protección que merece su persona en cuanto tal. Refiriendo concretamente a la búsqueda del desaparecido, que debería recaer en sus representantes y/o familiares. Nos preguntamos ¿Omisión del Código Civil peruano?.

Responde un destacado exponente de la doctrina nacional, Juan ESPINOZA ESPINOZA, exponiendo que:

“8. 5.- Una Omisión del Código Civil Peruano.
(...) En materia de ausencia, sólo regule los aspectos patrimoniales del desaparecido, dejando de lado la protección que merece su persona en cuanto tal. Nos estamos refiriendo concretamente a la búsqueda del desaparecido, que debe caer en sus representantes y/o familiares”¹²

En este tema específico, otras legislaciones se pronuncian idóneamente, así el Código Civil español, en los Artículos 184, y 185, establece las obligaciones generales, que tiene el representante del ausente, las cuales son:

“Artículo 184.

Salvo motivo grave apreciado por el Juez, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones (...).”

“Artículo 185.

El representante del declarado ausente quedará atenido a las obligaciones siguientes:

1. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado.
2. Prestar la garantía que el Juez prudencialmente fije. Quedan exceptuados los comprendidos en los números uno, dos y tres del artículo precedente
3. Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.
4. Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley procesal civil.

¹² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Estudios de Derecho de las Personas". Lima 1996. Editorial Huallaga. p. 380.

Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores”.

Sistematizando podríamos decir las obligaciones principales del representante del Ausente son:

1. La pesquisa de la persona del ausente.
2. La conservación, protección, y administración de sus bienes.
3. El cumplimiento de las obligaciones del ausente.

En caso de que el representante hubiera conocido la existencia del ausente o impidiera toda pesquisa sobre su persona y el ausente apareciera, el representante tiene que devolver los frutos percibidos por concepto de remuneración, según el orden jurídico Español se habría configurado la mala fe del representante.

Por otro lado, en nuestra América, Argentina consagra en la Ley 14.394 que en la hipótesis de la presunción de la existencia del ausente, podrán pedir las “(...) diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate”, tal como lo prescribe su numeral 24, la frase “todos los que tuvieran algún derecho”, también comprende al representante o mandatario, según fuera el caso.

C. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURIDICAS.-

El Código civil debió ser el marco general conceptual de todas las personas jurídicas. En el libro I, sección segunda, título I (personas jurídicas), en ninguno de sus artículos se ha considerado el régimen de representación. En el artículo 79° se hace mención a la representación a través de otra persona jurídica, pero no se habla sobre las reglas de la representación orgánica.

En el título I de la misma sección, al legislar sobre las asociaciones civiles, se ha tocado un poco más sobre la representación orgánica, aunque siempre insuficiente. Las normas jurídicas, reguladas en esta parte del Código, son de aplicación supletoria para otras personas jurídicas que se encuentran legisladas en el Código y en otras normas del ordenamiento jurídico peruano.

El Código regula algunas formas de personas jurídicas, que son las siguientes: Asociación, Fundación, Comité, y Comunidad campesina. Entonces, las otras personas jurídicas se regirán por sus leyes especiales y supletoriamente por el Código civil.

Las leyes posteriores han facilitado con criterio idóneo las formalidades para la

inscripción de los poderes en los Registros públicos. Así, la ley 25372 modificó al artículo 2028° del Código Civil, prescindiendo de la Escritura Pública para la inscripción del nombramiento de representantes, así como para el otorgamiento de poderes, bastando la presentación de la copia certificada notarial del acta donde conste el respectivo acuerdo.

9.2.3.2.- LIBRO II ACTO JURÍDICO

Tema desarrollado es otros capítulos de esta tesis, referidos a la Representación.

9.2.3.3.- LIBRO III DERECHO DE FAMILIA

CURATELA.- Esta institución es tratada de manera amplia en el código; así, en el artículo 565° se señala que la curatela se instituye para: los incapaces, administración de bienes, y asuntos determinados. Aun cuando el código no define a la curatela, pero entiende que dentro de sus funciones se encuentra la de representar a quien está sujeto a ella o a sus patrimonios, según sea el caso. Tal afirmación se desprende del artículo 576°, que contiene las funciones del curador del incapaz, y del artículo 568°, el cual señala que son aplicables a la curatela las reglas relativas a la tutela.

TUTELA.- Al referirse a esta institución, se han individualizado con mayor claridad la función de representación, tal y como lo señala el artículo 527° de manera taxativa: “El tutor representa al menor en todos los actos civiles (...).”. Claro está que para ciertos actos los tutores van a requerir de autorización judicial, conforme lo señala el artículo 532°

Sobre la procedencia de esta institución, el artículo 502°, señala que procede para los menores que no estén bajo patria potestad.

SOCIEDAD CONYUGAL.- El legislador posibilita que la celebración del acto se realice por medio de apoderado designado para tal efecto. Pero, no ha olvidado el aspecto patrimonial, por cuanto el artículo 315° posibilita a los cónyuges a conferirse poder especial para uno de los cónyuges en los bienes sociales, en el artículo 292° se consagra a la representación conjunta de la sociedad conyugal. Asimismo, en el artículo 294° se manifiesta la representación ejercitada por uno de los cónyuges, por impedimento del otro, de acuerdo a determinadas causales.

PATRIA POTESTAD.- El código define a esta institución en el artículo 418°, como el deber y derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de los hijos. Sin embargo, es en el artículo 419° donde se plasma la representación, al mencionar que padre y madre durante el matrimonio, ejercen la representación conjunta del hijo. De lo expuesto se deduce que la representación se encuentra implícitamente comprendida dentro de las atribuciones de la patria potestad, por lo que el artículo 419° es simplemente aclaratorio. Los alcances de la representación en esta institución, también lo encontramos en el artículo 423°, concretamente en su inciso 6°, que establece como deber y derecho de los padres que la ejercen, la de “representar a los hijos en los actos de la vida civil”. Se encuentra contemplado la Representación Judicial, en el Artículo 447° del C.C., comprendiendo el caso de disposición de bienes de propiedad del menor, deberán los padres tener Representación Judicial expresa para realizar dichos actos.

9.2.3.4.- LIBRO IV: DERECHO DE SUCESIONES

ALBACEAZGO.- La condición de representante del albacea, lo encontramos en el artículo 788° del C.C, cuando aclara que los albaceas no son representantes de la testamentaría para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador, de la administración que les corresponde y para sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva. Existe Representación Judicial, de conformidad con el artículo 787° Numeral 7°, cuando el Juez deba facultar con “autorización expresa” a vender los bienes hereditarios, cuando sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados. Asimismo, si el representante quiere excusarse una vez aceptado el Albacea, sólo podrá hacerlo por disposición del Juez, “por justa causa, a juicio del juez”, es decir el Juez acepta o no la renuncia.

9.2.3.5.- LIBRO V DERECHO DE REALES

En el Libro V Derechos Reales, existe supuestos de representación, en cuanto a la copropiedad. Si bien es cierto, que el legislador, ha preferido encausar las reglas a través del Administrador Judicial, está en más propia de la representación.

“Artículo 973.- Administración del bien común por uno de los copropietarios
Cualquiera de los copropietarios puede asumir la administración y emprender los

trabajos para la explotación normal del bien, si no está establecida la administración convencional o judicial y mientras no sea solicitada alguna de ellas.

En este caso las obligaciones del administrador serán las del administrador judicial. Sus servicios serán retribuidos con una parte de la utilidad, fijada por el juez y observando el trámite de los incidentes”.

Dado que son derechos patrimoniales, prima en las relaciones jurídicas reales, la autonomía de la voluntad, y deberá considerarse que las reglas de la llamada “administración convencional” se han fijadas en el marco de la representación voluntaria, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y en caso de discrepancia, la representación judicial, en el marco del ejercicio del poder jurisdiccional del Juez.

9.2.3.6.- LIBRO IX REGISTROS PUBLICOS

El Libro IX del Código tiene 8 títulos, siendo el título V, el que regula el “Registro de Mandatos y Poderes” (Artículos 2036º al 2038º).

“Artículo 2036.- Instrumentos inscribibles

Se inscriben en este registro:

- 1.- Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos.
- 2.- Los instrumentos en que conste la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato, en su caso”.

Artículo 2037.- Las inscripciones se hacen en la oficina del lugar donde se va a ejercer el mandato o el poder. (*)

(*) Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, publicada el 23-04-93. La misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 04-03-92 y la del Artículo 5 del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11-12-92, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2037.- Lugar de inscripción

"Las inscripciones se hacen en el Registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación."

Artículo 2038.- Derecho del tercero de buena fe

El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos.

Son normas generales, que están referidas a tres temas en particular. Los instrumentos inscribibles, lugar de inscripción, y el derecho del tercero de buena fe.

De la manera como están reguladas, genera polémica, por su ambigüedad que no resuelve problemas sino que los crea, no regula las relaciones jurídicas sino que las traba.

Registros Públicos, como tal es una institución que data desde 02 de enero de 1888, cuando se crea mediante Ley en el Gobierno del Mariscal Andrés Bolognesi, creándose el Registro de la Propiedad Inmueble como una dependencia de la Corte Suprema de Justicia, siendo el primer Reglamento General de los Registros Públicos promulgado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, y fue publicado con fecha 11 de setiembre de 1888. Después de 52 años de vigencia, es derogado por el Reglamento de los Registros Públicos, publicado el 18 de julio de 1940, Ley que reglamenta lo establecido en el Artículo 1038 del Código Civil de 1936.

En este Reglamento, por primera vez en el Perú, se establece un Registro de Mandatos y Poderes.

El 16 de mayo de 1968, durante la primera fase del gobierno militar, mediante acuerdo de la Corte Suprema se aprueba el Reglamento General de los Registros Públicos.

El 18 de junio de 1980 mediante D.L. N° 23095 se dicta la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de los Registros Públicos – ONARP, mediante la cual se le otorga el status de persona jurídica de derecho público interno con autonomía administrativa y económica, conservando la misma naturaleza de Organismo Público Descentralizado vinculado a la Presidencia de la República, conforme lo dispuesto el D.L. N° 17532 del 25 de marzo de 1969. Con fecha 12 de junio de 1981, mediante D.L. N° 119 se dicta una nueva Ley Orgánica de los Registros Públicos y Ley de la Oficina Nacional de los Registros Públicos – ONARP, por la cual se establece que los Registros Públicos se constituyen en un Organismo Público Descentralizado del Sector Justicia, asimismo, esta norma restableció en sus funciones a la Comisión Facultativa por el Tribunal Registral.

El 21 de diciembre de 1992 se dicta mediante D.L. N° 25993, la Ley Orgánica del Sector Justicia en la cual se introdujo una variante significativa respecto a la vinculación administrativa de la institución. Finalmente, con fecha 18 de octubre de 1994 mediante Ley N° 26366 se crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), regulada por su Estatuto aprobado mediante D.S. N° 04-95-JUS, con la finalidad de mantener y

preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país.

Estima pertinente el autor, señalar que en los tiempos de reforma administrativa del Sistema Registral peruano, más inmediateamente recientes que se inicia desde 1994 en adelante, las diversas administraciones han incidido en establecer políticas registrales sustentadas en aspectos pseudo técnicos que encarecen los servicios registrales y hacen más tedioso en general todas las relaciones jurídicas patrimoniales, y en este tema específico de mandatos y poder se aprecia en su aspecto más palpable. Y ello es así, por las siguientes razones: La inscripción en el registro de mandatos y poderes, no son obligatorias ni constitutivas, por mandato legal, sin embargo en la práctica lo es.

9.2.3.7.- LIBRO X DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Libro X del Código, regula el Derecho Internacional Privada, normas que en otros ordenamientos jurídicos se encuentran es Leyes especiales. Si bien, no son normas que exclusiva y directamente se refieren a las figuras estudiadas, si son normas que tienen que ver al tema en estudio, los siguientes artículos:

“Artículo 2070.- Estado y capacidad de la persona natural

El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero”.

“Artículo 2094°.- Forma de actos jurídicos e instrumentos

La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana”.

“Artículo 2095°.- Obligaciones contractuales

Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”.

“Artículo 2096°.- Autonomía de la voluntad

La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes”.

9.3.- EL PODER EN SEDE JUDICIAL.

Históricamente la representación en general aparece muy tarde en sede judicial, y además la “Representación Judicial” hoy mismo es ninguneada por muchos juristas y legislaciones. Al respecto, se pronuncia quien es considerado el fundador del Derecho Procesal Moderno, el jurista italiano Giuseppe Chiovenda:

“Los antiguos procesos eran contrarios a la representación porque atendían ante todo a una función de pacificación que hacía indispensable la presencia personal de las partes, y porque exigían de éstas actos estrictamente personales (por ejemplo, el juramento). La representación no se admitió en el campo del proceso hasta mucho después de conocerse en el Derecho sustantivo, y en ocasiones no se llegó al reconocimiento absoluto de ella sino pasando antes por una forma de verdadera sucesión en la relación sustantiva (procurador in rem suam). Actualmente, se admiten representantes en el proceso, lo mismo que se admiten en general para las demás relaciones jurídicas.”¹³

Téngase presente que las palabras del jurista italiano, corresponden a principios del Siglo XX. Por otro lado, el jurista uruguayo Enrique Vescovi, concordando con el jurista italiano antes mencionado, precisa:

“La representación significa un obrar en nombre ajeno, y la consecuencia de que los efectos jurídicos de los actos que realiza una persona (representante), recaen sobre otro (representado), fenómeno que no se conoció en el derecho antiguo.”¹⁴

La representación judicial es, por lo general, un medio para suplir un defecto de capacidad de obrar de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular, o que su titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo su ejercicio. La representación judicial se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil, si bien el legislador no ha utilizado dicho epígrafe para referirse al mismo, el caso más concreto es el Artículo 66, referido a Curatela. Asimismo la representación judicial se encuentra

¹³CHIOVENDA, Giuseppe. “Curso de Derecho Procesal Civil”. Mexico 1997. Editorial HARLA. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso. p. 341.

¹⁴ VESCOVI, Enrique. “Teoría general del proceso”. Santa Fe de Bogotá 1999. Editorial Temis S.A. pp. 193/194.

utilizada en nuestro Código Civil y en las leyes especiales. Los casos más notables de representación judicial se pueden encontrar en el Derecho de la Persona y de la Familia. Por ejemplo, el representante judicial de los bienes del desaparecido; el representante legal del declarado ausente; los padres que ejercen la patria potestad; el tutor del menor o incapacitado. El jurista uruguayo Enrique Vescovi, conceptúa que:

“El representante judicial obra siempre en nombre ajeno (la parte es quien actúa en nombre propio); no obstante ello y por excepción, hay casos en que, cesado el mandato, continúa la representación, como ocurre cuando fallece el mandante o con motivo de su incapacidad, y aun en la revocación.

Esto se explica por razones estrictamente procesales, en garantía a las demás partes en el proceso. En dicho caso, en la mayoría de los países se admite la continuación de la personería acreditada en juicio hasta que comparezcan los herederos o el curador”¹⁵

Más adelante el mismo **Enrique Vescovi**, **precisa sus ideas, señalando que:**

“Por lo tanto, el representante no es parte en el proceso, sino su representado, lo cual tiene una serie de consecuencias importantes en el procedimiento. En principio, porque los efectos de la actuación en juicio del representante recaen sobre el representado, salvo norma expresa (por ejemplo, la que establece obligaciones y responsabilidades del procurador)”¹⁶

9.4.- LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

Nuestra doctrina no ha dedicado muchas páginas al tema, son escasos los estudios al respecto, destaca entre estos el estudio del maestro sanmarquino Jorge CARRIÓN LUGO, con la claridad de sus ideas, enseña que:

“C) LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL O PODER EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.-

Aquí se trata de casos en los cuales compete al juzgador la designación de la persona a quien, en determinadas situaciones, corresponde la representación de otra (....). He aquí algunos casos que señala nuestro código adjetivo:

- a) Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o éste estuviera ausente o surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo (Art. 66 inc. 1, CPC).
- b) Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o éste se halle ausente, se le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo (Art. 66 inc. 2, CPC).
- c) El juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si Fuera idóneo (Art. 6 inc. 3, CPC).
- d) También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de (.../...) intereses entre el incapaz y su representante legal, o

¹⁵ VESCOVI, Enrique. “Teoría general del proceso”. Santa Fe de Bogotá 1999. Editorial Temis S.A. p. 193.

¹⁶ VESCOVI, Enrique. Ob. Cit. p. 194.

confirmará el propuesto por el incapaz relativo (Art. 66 inc. 4, CPC)”¹⁷

¿Y qué sucede cuando no existe Representación Judicial, pero se actúa como si existiera está?

El maestro Jorge CARRIÓN LUGO, ensaya la siguiente respuesta:

“D) Intervención oficiosa en los procesos. Nuestro ordenamiento jurídico procesal civil regula la figura procesal de la procuración oficiosa, permitiendo la comparecencia en nombre de personas que no tienen representación judicial siempre que concurran determinados supuestos, como el caso de un ausente del país (Art. 81 CPC). El Código hace referencia a la carencia de la representación judicial, pero hay que entender que se trata de la carencia de la representación legal, convencional y judicial en rigor. Una persona, por ejemplo, puede válidamente apersonarse a un proceso seguido contra otra - supongamos no tuviera representación conferida con poder suficiente a favor de tercero y que se hallara fuera del país - para defender sus intereses en el proceso. El Código, en determinados casos, concede legitimidad para intervenir en el litigio en representación de quien no tiene ningún tipo de representante. En estos supuestos el Juez debe examinar cuidadosamente la legitimidad para obrar del tercero. Señalemos a continuación esos supuestos:

a) Se puede comparecer al proceso en nombre de persona de quien no se tiene representación siempre que concurran los siguientes supuestos fácticos: que persona por quien se comparece se encuentra impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones fundadas de temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga, a condición de que se desconozca de la existencia de representante con poder suficiente, tratándose, se supone, de personas naturales capaces (Art. 81°, inc. 1, CPC).

b) Se puede comparecer al proceso en nombre de persona de quien no se tiene representación cuando la parte contraria lo pida, caso en el cual el procurador oficioso prestará garantía suficiente a criterio del Juez de que su gestión será ratificada”¹⁸

El juez en el tema de la representación también interviene de cierta manera, es en la Ratificación:

“RATIFICACION.- Por el procurado (representado) dentro de los dos meses siguientes a la comparecencia de éste. Si no se produce la ratificación se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria. Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de la comparecencia del procurador; sin perjuicio del derecho de terceros (Art. 81°, inc. 2, CPC).”¹⁹

Por otro lado, desde el Derecho Civil se pronuncia el maestro sanmarquino Anibal Torres Vásquez (1998), estimando que la Representación Judicial se presenta cuando la representación proviene de una resolución judicial dictada frente a una imposibilidad material como es, por ejemplo, el caso del desaparecido (persona que no se encuentra en su domicilio ni se tiene noticias sobre su paradero) que no

¹⁷ CARRIÓN LUGO, Jorge. "Tratado de derecho procesal civil". Lima 2000-A. Editorial Grijley. Vol I. pp. 249-250.

¹⁸ CARRIÓN LUGO, Jorge. "Tratado de derecho procesal civil". Lima 2000-A. Editorial Grijley. Vol I. p. 250.

¹⁹ CARRIÓN LUGO, Jorge. Ob. Cit. p. 251.

tiene representante ni mandatario, entonces en estas circunstancias es el juez, a solicitud de sus parientes quien puede designar un curador interino de sus bienes (artículo 47 y 597); la representación del hijo que está por nacer con padre premuerto (hijo póstumo) y con la madre destituida de la patria potestad (artículo 598).

¿Es la representación judicial una figura distinta de la representación voluntaria, y de la representación legal, o es una institución única que sería la representación que abarcaría además la legal y la voluntaria?

Las diferencias entre dichas clases de representación son evidentes e innegables. Las más importantes parecen las siguientes. En la representación legal, el representante es por hipótesis el único posible autor del negocio o acto, de aquí que la única voluntad a tener en cuenta a efectos de vicios u otras circunstancias (ejemplo buena fe) sea la suya. En la representación voluntaria, en cambio cabe hablar de una colaboración de representante y dominus negotii, que será tanto más clara cuanto mayor sea la especialidad del poder del representante, por lo cual ambas voluntades juegan un relevante papel en la formación del negocio jurídico o acto jurídico, y ambas deben, en principio al menos, ser tenidas en cuenta, a la hora de decidir respecto de la validez o invalidez del negocio. En la representación judicial el Juez, en principio es quien en ejercicio de su poder jurisdiccional nombra representante, y si bien cabe hablar de una colaboración con este, sin embargo al encontrarse las facultades perfectamente delimitadas, y restringidas a determinados actos, es el Juez quien deberá responder, estando a que el representante responde cuando excede, u omite sus facultades. En la representación voluntaria, el principal confiere su representación con un abanico amplio de facultades al representante. En la representación legal, las facultades son específicas y están contempladas en la Ley. Y en la representación judicial, si bien es cierto que las facultades del representante son específicas, es el Juez quien al fin de cuentas establece que facultades otorga. En la representación voluntaria, el hecho de que del dominus negotii confiera su representación a otra persona, no limita su facultad para realizar por sí mismo el acto jurídico, si así lo considera conveniente. En la Representación Legal, no puede actuar sino quien ha sido nombrado representante, es la única posibilidad. En la Representación Judicial, sólo actúa quien es nombrado por el Juez, y este es quien puede revocar, y nombrar a otro representante, pero el Juez no puede realizar los actos por sí mismo. En la representación voluntaria, el fundamento es la "ampliación" del ámbito

de actuación del representado, en la representación legal es la "necesidad" de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona, y en la representación judicial es la "protección" de intereses dignos de tutela.

Si bien se podría encontrar mayores diferencias entre estas clases de representación, no menos cierto es que no se justifica que estén reguladas tan dispersamente, y diferentemente, debería haber una teoría general de la representación expresada legislativamente en un texto legislativo.

9.5.- LA REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Se verifica entre sujetos intervinientes en un proceso judicial, ante el órgano jurisdiccional. A quienes comparecen se le exigen los requisitos para el acto jurídico en general. Entonces, para comparecer al proceso (*legitimatío ad processum*), se requiere de capacidad de ejercicio, por lo que se exigen los mismos requisitos para realizar actos civiles. Esta capacidad procesal, la encontramos estipulada en el artículo 58º de nuestro Código Procesal Civil. Esta capacidad es distinta a la capacidad para ser parte. La representación procesal deriva de la capacidad de postulación, o derecho de postulación. Quienes comparecen en un proceso, pueden hacerlo por medio de otra persona (representante), con lo que surge una relación jurídica entre representante y representado, cuya naturaleza jurídica depende de la forma en que se instituye. Esta capacidad de postulación es aplicable únicamente para la representación voluntaria, no para la Legal, ni para la Judicial. El Código Procesal Civil peruano, ha contemplado la capacidad de postulación en el artículo 58º, estableciendo la posibilidad de comparecer al proceso por sí ó para conferir representación designando apoderado judicial. La norma exige a la persona que quiera ejercer ese derecho, tres requisitos excluyentes: tener facultad para disponer los derechos que haga valer en la litis (titular de derecho real, por ejemplo); estar facultado por ley (por ejemplo. Patria potestad); y, a quienes ejercen por sí sus derechos, pero representando a otras personas (apoderados designados extra proceso, procuradores oficiosos). La representación procesal es una institución jurídica por la cual una persona natural o jurídica, comparece en un proceso, para intervenir en él y realizar actos procesales, en nombre e interés de otra, en virtud a un poder conferido en ejercicio de su autonomía de la voluntad, por mandato judicial, o disposición legal. Conviene resaltar la técnica legislativa empleada por el Código Procesal Civil, al haber consignado un capítulo especial dedicado a la representación

procesal; situación que no se dio en el derogado Código de Procedimientos Civiles, que sí normaba aspectos de esta institución de manera dispersa, en distintos artículos del mencionado cuerpo de leyes. Teniendo en cuenta que la representación procesal es una sub especie de la representación, se aplican las mismas reglas que la representación civil. Por ello, el artículo 62° del Código procesal contempla la aplicación supletoria de la ley sustantiva en lo referente a representación y mandato. Considerada la supletoriedad del Código Civil, la inclusión de los artículo 70° y 78°, que se refieren al requisito para ser apoderado y al cese del representante, respectivamente, no tenían sentido, porque están bien normados en el Código sustantivo. La revocación del poder, contemplada en el mismo artículo 78°, si está mejor tratada en el Código Procesal, en tanto permite al representado reasumir la representación en cualquier momento.

9.5.1.- CLASIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL.-

Existen varios criterios, conforme podemos apreciar:

Por los alcances del poder: Representación general, Representación especial

Por el origen: Representación procesal voluntaria, Representación legal Adjetiva, Representación Judicial

Por el número de representantes: Singular, Plural.

Por la condición del representante: Apoderado, Abogado-representante, Procurador público

9.5.1.1.- POR LOS ALCANCES DEL PODER.

REPRESENTACIÓN GENERAL. El código procesal contempla a esta clase de representación procesal, en su artículo 74°. En primer lugar, hacemos notar un defecto en la terminología utilizada. Al inicio del párrafo se utiliza la denominación representación judicial, cuando lo correcto es la denominación representación procesal, tal como lo utiliza el código en los artículos 63°, 64° y 65°, así como en la denominación del capítulo I de este título I de la Sección segunda. La representación judicial es la instituida por decisión del juez mediante un acto procesal, en los casos que la ley autorice hacerlo, y también por decisión motivada. El artículo 74° hace referencia a las atribuciones y potestades, entiéndase facultades, generales que corresponden al representado, lo cual se entiende como apoderamiento para realizar actos procesales en nombre de otro. ¿Qué actos pueden realizar?, todos los permisibles, con excepción de aquellos que la ley exige poder especial otorgado de

manera expresa, como los comprendidos en el artículo 75. A nuestro modo de ver, se presume que la representación conferida de manera simple, sin precisión alguna, únicamente para realizar actos procesales, es una representación general. Con relación a la extensión del poder, el artículo 74° prescribe que comprende hasta la ejecución de la sentencia, es decir no concluye con el último fallo que cause estado. Asimismo, aclara que también abarca el cobro de costas y costos. Se distingue pues la conclusión de la cosa materia de controversia, con el cumplimiento del fallo que le da origen.

La parte final del artículo menciona que no están comprendidos en sus alcances, aquellos actos que requieren de la participación “personal y directa” del representado. Se refiere a actos personales (ejemplo: declaración de parte).

REPRESENTACIÓN ESPECIAL.- Esta clase de representación, exige que las facultades estén consignadas en poder expreso, para ello el artículo 75° enumera algunos de aquellos actos, añadiendo “para los demás actos que exprese la ley”. Así se deduce que los actos enumerados no serían los únicos que se requieren de poder especial. Entre los actos que requieren de poder especial, establecidos por otras leyes, tenemos a la exigida a los representantes legales de incapaces, la facultad especial que necesitan los procuradores públicos para transigir en juicio, las requeridas por el co-propietario para demandar en nombre del condómino entre otras. Podemos ensayar en explicar las razones que motivan la inclusión de los actos comprendidos en el artículo 75°. Así., los actos de disposición de derechos sustantivos, excluyendo a los “adjetivos”, porque para que una persona se desprenda de un derecho -patrimonial por ejemplo- debe tomarse nombramiento. ... “. De esta forma, para la norma del Derecho societario no rige el principio de literalidad exigido por la norma adjetiva, presumiéndose entonces la existencia de facultades generales y especiales con la sola designación. Esta forma de tratamiento nos parece correcta.

9.5.1.2.- POR EL ORIGEN DEL PODER

REPRESENTACIÓN PROCESAL VOLUNTARIA.- De manera similar a la representación civil, el poder puede tener su origen en actos jurídicos, como un acto unilateral, como por ejemplo el poder conferido mediante escritura pública, o el conferido mediante escrito o acta ante el juez. Asimismo, el poder puede haberse dado de manera convencional, por lo general a través un contrato de mandato. En estos casos, las facultades se consignan en el acto de apoderamiento.

REPRESENTACIÓN LEGAL.- En estos casos nos encontramos en aquellos casos en que la investidura de poder y las facultades no son conferidas por un acto jurídico, sino se encuentran consignadas en una norma legal. Dentro de este grupo, encontramos la administración judicial.

Hablamos de sustantiva, cuando las facultades están consignadas en una norma sustantiva. Dentro de este sub grupo todavía encontramos a aquella inherente a particular como por ejemplo las establecidas para la representación orgánica, representación de incapaces, patrimonios autónomos, gestión de negocios, entre otros. Otro sub grupo sería el referido a entidades estatales autónomas, cuyas leyes orgánicas de creación contemplan las facultades procesales de sus representantes legales.

Hemos considerado a la representación legal adjetiva, en tanto que es el Código procesal civil u otra norma adjetiva, la que establece las facultades del representante y las reglas de su participación en juicio. Dentro de este sub grupo, encontramos a la representación oficiosa (artículo 81°), a la de intereses difusos (artículo 82°), representación del patrimonio autónomo (artículo 65°), de los incapaces (artículo 63°) y de personas jurídicas, y de personas jurídicas extranjeras .

REPRESENTACIÓN JUDICIAL.- Es aquella que nace de una resolución judicial de designación. Ubicamos en este supuesto, al curador procesal, curador procesal por ausencia o impedimento del curador, apoderado del auxiliado, apoderado común, regulado en el Art. 66° del C.P.C..

9.5.1.3.- POR EL NÚMERO DE REPRESENTANTES:

SINGULAR.- Cuando en una persona recae la calidad de representante.

PLURAL.- Cuando en varias personas recae la calidad de representante.

9.5.1.4.- POR LA CONDICIÓN DEL REPRESENTANTE: APODERADO, ABOGADO-REPRESENTANTE, PROCURADOR

PÚBLICO.-

Esta clasificación es importante, porque el representante a su vez puede actuar también como abogado, o procurador público.

9.5.2. ACEPTACIÓN Y EXTINCIÓN DEL PODER.-

El artículo 71°, establece la presunción jure et jure de la aceptación del poder con el ejercicio de este, salvo el caso de poderes otorgados en el extranjero, que para su verificación requieren del apersonamiento por escrito. Se entiende que el ejercicio puede hacerse efectivo en diversas formas, como por ejemplo con el apersonamiento en autos, sea mediante escrito o en alguna diligencia judicial. Pero, el código no se ha puesto en otras posibilidades, como la recepción de una notificación y consiguiente aceptación tácita del mismo al no devolverla o no emprender algún medio de rechazo al mencionado acto. Sobre la extinción, el contenido del artículo 78° no tiene sentido si se va remitir a lo dispuesto por el mandato en la norma sustantiva. (REV).

9.6.- LA REPRESENTACIÓN EN LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.-

Regula la representación en el Art. 290°, el maestro sanmarquino Jorge Carrión Lugo, estima que este artículo se encuentra en colisión con el Artículo 80° del C.P.C. EL artículo 290° permite actuar con todas las facultades procesales al abogado, el artículo 80° exige para ciertos actos como la apelación facultades expresas. El maestro Jorge Carrión Lugo, estima que en escritos de apelación necesariamente debe ir la autorización a través de su firma del representado litigante, por ello se entiende que la LOPJ otorga plazo para subsanación de firma.

9.7.- ¿ POR QUE EL JUEZ TIENE POTESTAD DE OTORGAR PODER ?

La fundamentación doctrinaria es porque el Juez tiene poder jurisdiccional, esto es tiene facultad de decir derecho, de otorgar derecho, así es considerado consensualmente; y este poder jurisdiccional se deriva del concepto de *ius Imperium*, el mismo que es monopolizado por el Estado en las sociedades modernas.

9.8.- EL PODER Y MANDATO EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

Las sociedades nacen con el contrato social pacto social de acuerdo a la denominación empleada por la nueva ley en su artículo 54°, en el cual además de la denominación, capital, aportes de los socios, y otros, también se establece el nombramiento de los primeros administradores. Al mismo tiempo, la misma ley, en su artículo 55° exige establecer el régimen de los órganos de la sociedad. En estos dos artículos se plasma la obligatoriedad de contar con representantes. Estos dispositivos imperativos, se ven complementados con los artículos 12° y 14°, que contienen aspectos sobre la responsabilidad y formalidad del nombramiento de representantes.

La doctrina consideraba al representante como un mandatario de la sociedad, sin tomar en cuenta que no todo mandato contiene facultades de representación. Así lo entendieron algunos autores nacionales, como Jorge Pozo Vidal (1988) al comentar la actuación de los administradores en la sociedad anónima. Nuestro ordenamiento jurídico supero ese criterio con la dación del nuevo Código Civil y con la Nueva Ley General de Sociedades. Los alcances de la representación por el Directorio y por la Gerencia, varían según cada legislación. Podemos afirmar entonces, que la representación puede recaer tanto en el directorio, como en la gerencia, de acuerdo al tratamiento conferido en cada legislación. Pero, queda claro que es el gerente quien siempre tiene funciones de representación y administración. Se trata entonces de una representación orgánica, que comprende a los actos ordinarios de la sociedad. El directorio en cambio, tiene facultades tanto de administración como de dirección de la sociedad. En todo caso, los límites de representación de ambos órganos, depende del Estatuto de la sociedad. La representación judicial aparece, cuando el Juez representando al Presidente del Directorio, o quien tiene la potestad de convocar legítimamente a junta, convoca judicialmente a junta general; y esto ocurre cuando los Órganos de Dirección no se encuentran vigentes, y necesitan ser saneados.

9.9.- EL PODER EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.-

En esta ley, se incide en la patria potestad, al considerar en el inciso g) del artículo 82°, como uno de los deberes y derechos de los padres, “representarlos en los actos de la vida civil, mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad

civil". Cuando habla de los administradores de bienes de niños y adolescentes, recoge el mismo criterio del artículo 447° del Código civil, que dispone la necesidad de los padres de contar con autorización judicial, así aparece la Representación Judicial, y es para gravar o enajenar los bienes del menor.

9.10.- EL PODER EN EL DERECHO NOTARIAL PERUANO

Se encuentra regulado básicamente en la Ley vigente, el Decreto Legislativo N° 1049 del 26 de Junio del 2008. El Derecho Notarial, en el Perú tiene escaso desarrollo, siendo la función notarial de trascendental importancia, toda vez que es un área del derecho instrumental, que propicia la paz social, en seguridad jurídica.

9.10.1.- BREVE REFERENCIA HISTORICA DEL NOTARIADO

El origen histórico del Derecho Notarial, está ligado a la época de la conquista. Cristóbal Colón llevaba en sus viajes a un escribano (Notario), llamado Rodrigo de Escobedo, para que dé fe de la veracidad de lo que ocurría en sus pericias por las tierras que el denominó "el nuevo mundo".

En España, en el momento que se produce la conquista en América (Siglo XV), regía la pragmática de Alcalá, en la que se ordenaba a los escribanos tener un protocolo, conservar y expedir traslados notariales.

En el Perú, durante la colonia, incluso luego rigieron las normas españolas. Recien después de 31 años de vida independiente, en 1852 se publicó el Código de Enjuiciamiento Civil, en dicha Ley se regularía por primera vez en la independencia, el tema del Derecho Notarial, regulando la función notarial con la autoridad del Escribano, como funcionario dador de fe pública, y requiriendo como requisito para acceder al notariado, el grado académico de bachiller en Derecho, y el gobierno se encargaba de nombrar al notario, en base a ternas propuestas por el poder judicial. En seguida, veamos los artículos pertinentes del Código mencionado.

Código de Enjuiciamiento Civil 1852

ARTÍCULO 6. La jurisdicción es ordinaria, privativa, voluntaria o extraordinaria.

TITULO V DE LOS ESCRIBANOS

Art. 212. Habrá en cada distrito judicial funcionarios que autoricen las providencias judiciales, actúen las providencias judiciales, actúen en los pleitos extiendan los instrumentos públicos y custodien los archivos.

Art. 213. Estos funcionarios son de cuatro clases:

- 1.- Escribanos de cámara;
- 2.- Escribanos públicos ó de instrumentos;
- 3.- Escribanos de estado ó de actuación;
- 4.- Escribanos de diligencias

Art. 228.- Los escribanos públicos están obligados:

- 1º A extender en sus registros los testamentos, poderes, contratos y demás escrituras, con arreglo á las minutas que se les presenten, y á lo dispuesto en este Código y el civil.;
- 2º A archivar las minutas y formar de ellas un libro,
- 3º A manifestar los documentos públicos de su archivo á cuantos tengan necesidad de instruirse de su contenido, á presencia del mismo escribano;
- 4º A no permitir que mientras vive el testador se informe persona alguna de sus disposiciones testamentarias, si no fuese el mismo que las otorgó u otro.

Primera Ley Del Notariado Del Perú. Ley 1510 De 1911.

Se elimina el nombre de escribano y se usa el de NOTARIO.

Se independiza la función notarial de la judicial.

Pero se mantiene el control del Poder judicial .

Permitía la existencia de notarios no abogados

Reguló de mejor manera los instrumentos notariales.

Ley 16607 de 1967 se crean los Colegios de Notarios.

ARTICULO 2º.- En cada Distrito Judicial donde hayan más de cinco Notarios, habrá un Colegio de Notarios, que tendrá la misma sede que la respectiva Corte Superior.

Ley 22634 de 1979

Artículo 3.- La convocatoria a los concursos se hará por el respectivo Colegio de Notarios cuando se produzca vacante y su resultado será puesto en conocimiento del Primer Ministro para la expedición de la Resolución Ministerial del nombramiento y títulos correspondientes.

Artículo 9.- Suprímase la intervención de testigos en las escrituras públicas y en los poderes fuera de registro, salvo en los testamentos, cuyas formalidades se rigen por las disposiciones del Código Civil, o cuando el Notario lo juzgue conveniente. Será obligatoria la presencia de testigos cuando alguno de los otorgantes sea ciego, tenga algún defecto que haga dudosa su habilidad o no sepa firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital.

Importancia de la función notarial.

Evita el surgimiento de conflictos o litigios.

Dota de seguridad jurídica a los contratos en los que interviene el notario.

Colabora con la paz social.

Asegura la certeza de los contratos.

9.10.2- CONCEPTO.-

Acto Jurídico por medio del cual unilateralmente, una persona (poderdante) confiere determinada facultad a otra persona (apoderado), con la finalidad de que este último ejerza dicho acto como si fuera él mismo.

9.10.3.- CLASES.-

Existen tres clases de poderes, que el Decreto Legislativo 1049, regula en su artículo 117º:

- a) Poder en escritura pública.
- b) Poder fuera de registro; y,
- c) Poder por carta con firma legalizada.

La última conocida más comúnmente como "Carta Poder".

9.10.4.- FORMALIDADES.-

La formalidad requerida para cada una de las clases de poderes antes mencionadas, es la siguiente:

9.10.4.1. CARTA PODER.-

Documento privado, en papel simple, con la firma del poderdante certificada notarialmente. Este tipo de poder se utiliza normalmente para actos sin mayor trascendencia, como por ejemplo, para retirar un documento que se encuentra en una dependencia, o para que el apoderado pueda inscribir a una persona en una Universidad, sobre sumas inferiores a media unidad impositiva tributaria.

9.10.4.2. PODER FUERA DE REGISTRO.-

Documento Pre-impreso por los notarios, que no forman parte de su registro de Escrituras Públicas y que será firmado conjuntamente por el poderdante y el notario. Este poder no requiere para su validez de su incorporación al protocolo notarial. Cuando en esta clase de poderes se cite normas legales, sin indicación de su contenido y estén referidas a actos de otorgamientos de facultades, el notario transcribirá literalmente las mismas.

Estas dos primeras clases de Poderes, se utilizan mayormente para actos de administración y que no impliquen actos de disposición o gravamen, ya que para éstos se requiere que el poder conste en escritura pública.

9.10.4.3. PODER POR ESCRITURA PÚBLICA.-

Documento Público (Escritura Pública) extendido por el Notario en su registro de Escritura Pública, para su redacción no requiere de minuta (Art. 58, Inc. A Decreto Ley N° 26002), y en la Ley vigente Decreto Legislativo N° 1049, en el “Artículo 58.- Inexistencia de la Minuta. No será exigible la minuta en los actos siguientes: a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder”.

Asimismo, consideramos que la ley hace precisiones técnicas necesarias para una realidad como la peruana, tan propensa a incumplir la Ley, y regula la obligación del Notario de informar al Notario donde se extendió la escritura de

poder, ello en los supuestos en que se realizan actos en dos Notarias distintas, y que redundan en la seguridad jurídica. En efecto, la norma donde se establece dicha regla, es la siguiente:

“Artículo 118.- Poder por Escritura Pública.

El poder por escritura pública se rige por las disposiciones establecidas en la Sección Primera del Título II de la presente ley.

La modificatoria o revocatoria de poder otorgado ante otro notario deberá ser informada por el notario que extienda la escritura pública al notario donde se extendió la escritura de poder”.

Cuantía.- La Cuantía en función de cada una de las clases de Poderes es la siguiente y están fijadas en el D. S. 033-83-JUS, el que prescribe en su artículo 1º, fijando las cuantías para los poderes que se hagan valer en los procesos judiciales: Poder fuera de registro para las causas que no excedan de 3 UIT y para los procesos penales por faltas, poder por carta notarial con firma *legalizada para los procesos* que no excedan de 1/2 UIT. Se deduce que cuando las causas excedan de 3 UIT, el poder debe ser por escritura pública. Además se establece las cuantías para los poderes con el fin de cobro de remuneraciones, pensiones y otros beneficios: más de una UIT por escritura pública; 1/2 UIT, poder fuera de registro; y menos de 1/2 UIT poder por carta con firma legalizada. Estas formalidades no tienen el carácter de solemnes, puesto que su inobservancia no está sancionada con la nulidad del acto jurídico. Cabe aclarar, que en caso de no ser susceptibles de valuación económica, los encargos conferidos por el poderdante, se aplicarán las normas del derecho común.

Aceptación.- Se da esta figura cuando el apoderado por otro lento expresa su consentimiento aceptando el encargo conferido Unilateral. Se requiere Escritura Pública.

Renuncia.- Se presenta cuando el apoderado deja de ejercer la presentación, renunciando a la misma. Acto Unilateral. Se requiere Escritura Pública.

Revocación.- Se presenta cuando el poderdante deja sin efecto el poder derogando a su representante (apoderado). Acto Unilateral. Se requiere Escritura Pública

Sustitución.- Implica que el poderdante faculte expresamente al apoderado, a fin de que este se encuentre autorizado para delegar a Terceras Personas el encargo o la facultad conferida. Dicha sustituir. puede ser total o parcial (determinada facultades). No requiere de Escritura Pública.

9.10.5.- PODERES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO.-

Tenemos dos variables: Poderes Otorgados ante Notaría del Extranjero, y Otorgados ante el Cónsul Peruano. En el presente acápite abordaremos el primer poder mencionado.

9.10.5.1.- PODERES OTORGADOS ANTE NOTARÍA DEL EXTRANJERO.-

Ante dichos poderes deberemos de respetar la formalidad adoptada por el documento en el país de origen, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2094 del Código Civil. Se debe tener en cuenta que el documento de origen conllevará la certificación de las diversas firmas de los funcionarios que van autorizando el documento (Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Colegio de Notarios). Asimismo, si el documento (poder) estuviera redactado en idioma extranjero, el mismo- deberá ser traducido.

9.10.5.2.- PODER OTORGADO ANTE CÓNSUL PERUANO.-

Debemos dejar constancia que de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento consular del Ministerio de Relaciones Exteriores los funcionarios consulares tienen fe pública y se hallan capacitados, dentro de la jurisdicción de la oficina a su cargo, para autorizar los actos u contratos que se otorguen ante ellos, y que estén destinados a producir efectos jurídicos en el territorio Nacional o fuera de él, conforme a la legislación nacional y si lo permiten los acuerdos, usos y costumbres internacionales.

9.11.- MANDATO Y PODER EN EL DERECHO COMERCIAL PERUANO

La mayoría de juristas especializados en Derecho Comercial; no dedican en sus publicaciones, y no abordan en sus trabajos de investigación el “Mandato Y Poder Comercial”, y en las legislaciones directa y concretamente no se regulan estas figuras. El tratamiento, lo derivan al Derecho Común. En nuestra Ley General de: Sociedades no hay una regulación sistemática, existen normas desparramadas en los diversos cuerpos legislativos.

9.11.1.- ASPECTOS CONCEPTUALES.

Problema de delimitación del tema, es el referido a los "Órganos", y a los "Representantes" de la persona jurídica comerciales. Se destaca como peculiar de la universitas o persona jurídica, el que no podrá actuar por sí, sino que necesitaba para obrar de un representante (*persona representata*). En la doctrina moderna, se ha dudado entre los términos de representante y de órgano, para designar quienes actúan en nombre de la persona jurídica, los partidarios de la teoría de la ficción prefieren el de representante; mientras que los seguidores de GIERKE y en general de la concepción realista defienden o prefieren la designación de órgano.

El término de representante legal puede considerarse correcto. El representante de la persona jurídica requiere, por su misma esencia, tener un representante necesariamente. El vocablo órgano expresa por ello mejor que se trata de quienes reciben su poder del mismo estatuto de la persona jurídica, y que están integrados en la estructura misma de la persona jurídica. Con lo que se hace bien visible, que los actos de sus órganos se consideren como de la propia persona jurídica, con todas las consecuencias favorables o desfavorables (*dolo possunt facere*) que de ello se derivan. En rigor jurídico se podría llamar con el nombre de "órgano" a los designados estatutariamente en los órganos de la sociedad, y reservar la designación de "Representante" para el que recibe su poder de fuera, impuesto por una declaración judicial por ejemplo; este es el caso del administrador judicial, o el de la sindicatura. Por otro lado, llamaremos Representante voluntario o mandatario, al que recibe su poder de los órganos de la sociedad

En Derecho Comercial, el poder se materializa a través del mandato, que es un contrato de conformidad con el cual una parte se obliga para con otra a realizar uno o más negocios jurídicos en beneficio de quien confiere el encargo. Supone de ordinario, actuar dentro de los moldes clásicos del Derecho Civil, que no sólo se actúe por cuenta del mandante sino también en nombre de éste, lo que significa, por regla general, que al mandato va unida la representación, sin que puedan confundirse con dicha figura. En esta forma los terceros que contratan con el mandatario saben que éste es un intermediario encargado por el verdadero interesado del contrato. El mandato llamado mercantil o comercial no constituye por lo tanto más que una modalidad de su arquetipo civil, caracterizada por algunas notas que la distinguen,

pero coincidiendo en buena parte con los principios generales de aquél y con las consecuencias jurídicas que se predicán de su celebración.

La mercantilidad del contrato de mandato, deriva de distintas circunstancias según las legislaciones, pero sobretodo se vincula a que el mandatario sea comerciante, y que el objeto del mandato esté constituido por la realización de un acto jurídico comercial. De que el mandato pueda calificarse como mercantil se derivan consecuencias jurídicas, en especial por lo que dice con las obligaciones de las partes, vinculadas en alto grado a la onerosidad propia del contrato comercial. Esto es, que a diferencia del civil, que puede o no ser remunerado, el mandato mercantil es de suyo remunerado a favor del mandatario, como contra prestación por los servicios que presta; en nuestra legislación el artículo 2112^o del C.C. no regula el mandato mercantil; es decir este contrato se encuentra regulado por normas de Código de Comercio de 1902. Trata como sinónimos, el Mandato con la Comisión, efectivamente así lo hace en la norma siguiente:

"Artículo 237^o.- Se reputará comisión mercantil el mandato., cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y es comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista".

El estudio de la naturaleza del mandato toca en lo fundamental con la forma como de ordinario recaen los efectos del acto jurídico celebrado en cabeza del mandante, si bien -cabe la posibilidad de que ello así no suceda. Esto es, que en el análisis de la figura es preciso estudiar las dos modalidades principales que se presentan en relación con este aspecto: el mandato con representación, forma más peculiar de mandato; y el mandato sin representación, usualmente calificado como comisión en doctrina.

El punto se ha discutido acaloradamente en especial, tratándose del mandato civil, que para muchas legislaciones y buena parte de la doctrina es en forma invariable representativo, aun cuando no puede afirmarse que ella sea la tendencia en materia comercial. En ésta parece imponerse la tesis según la cual puede o no serlo y en todo caso se reserva a una especie de mandato, como elemento típico. Se ha sostenido por algunos, que aun en esta hipótesis de mandato sin representación, el mandato sería representativo pues aunque el mandatario obre en nombre propio frente al tercero siempre queda a su cargo la obligación de transferir o trasladar al mandante los efectos del acto jurídico que haya celebrado y para distinguir ambos supuestos se habla de que en un caso existe representación directa, mientras en el segundo se presenta un caso de representación indirecta, pero siempre representación.

Curiosamente en el Título II: "De Otras formas del mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos" (Artículos 275° al 296°), se define al Mandato, de la siguiente manera:

"Artículo 275°.- El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares, para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta, en todo o en parte, o para que le auxilien en él".

Si bien se podría encontrar diferencias entre esta clase de representación, y la civil, sin embargo no menos cierto es que no se justifica que la representación comercial esté regulada tan dispersamente, y diferentemente, debería haber una teoría general de la representación expresada legislativamente en un texto unitario.

9.11.2.- BREVE REFERENCIA HISTORICA.

Históricamente los antecedentes doctrinales y legales del Mandato y Poder comercial, están relacionados al Contrato de Comisión, y son relativamente recientes. En Roma se desconoce este contrato e incluso el vocablo comisión, que se encuentra por primera vez en el Derecho canónico como delegación dada a jueces especialmente nombrados para juzgar de una causa determinada. De aquí tomó el comercio la palabra comisión, que implica también facultades transitorias para un negocio determinado. La necesidad de este contrato no se hizo sentir en Roma en razón a que el comerciante se servía de sus propios hijos y de los esclavos como colaboradores de las operaciones de su comercio. El comercio de comisión comienza a desarrollarse en la Edad Media - durante los siglos XIII y XIV - cuando el comercio se hace sedentario, y se asienta el sentido de que el comerciante no necesitaba acompañar sus propias mercancías ni entregarlas personalmente cuando viajaba por países extranjeros.

Por otro lado, es difícil encontrar algún dato interesante sobre el concepto de Comisión, en la doctrina jurídica española anterior a los comentaristas y escritores de Derecho mercantil posteriores al Código de 1829, como señala el maestro Garrigues. El acto jurídico conocido hoy con el nombre de Comisión era también conocido por los juristas españoles antiguos, pero no utilizaban el nombre moderno para designarlo, menos expresaban un concepto general en el que pudieran incluirse las relaciones jurídicas que la comisión propiamente dicha engendra.

Los mercantilistas españoles posteriores al Código de 1829 y anteriores al de 1885, nada oponen al concepto legal del comisionista expresado en los artículos 117 y siguientes del primero de estos Códigos. Sin embargo, se produce un cambio que tiene lugar cuando los medios de transporte se desarrollan y se hacen más seguros, entonces los comerciantes quedan en su domicilio y realizan sus ventas en el extranjero, valiéndose unas veces de sus propios empleados y otras de otros comerciantes indígenas que se dedican a la venta de las mercancías importadas. La comisión surge precisamente cuando este comerciante independiente desplaza al comerciante foráneo en la gestión de los negocios. Cuando el viajante estable y el dependiente se convierten en independiente, entonces surge la figura del comisionista con su fisonomía moderna.

En la doctrina, los mercantilistas italianos, alemanes, franceses, a falta de una definición legislativa, tampoco manejaban un concepto doctrinario de este contrato, sino que la idea fundamental de acto jurídico conocido hoy con el nombre de comisión, como sinónimo de Mandato Mercantil. El ilustre mercantilista francés del Siglo XVII SAVARY (Le par negocia est), no define tampoco el contrato de comisión; se limita a una enumeración indicadora de las principales clases de comisionistas que existían en su tiempo.

La Legislación Moderna, se pronuncia con el Código de Comercio francés de 1807, en el artículo 94°, cuando recoge como regla general el supuesto más frecuente en la práctica: "Comisionista es aquel que obra en su propio nombre o bajo un nombre social por cuenta de un comitente"; pero como este 'modo de obrar del comisionista no es de esencia al concepto de comisión, el párrafo segundo del mismo artículo contempla el caso del comisionista que obra en nombre de su comitente, con lo que viene a reconocer el Derecho francés dos especies de comisionistas dentro del concepto único de la comisión: los que obran en nombre propio y los que actúan en nombre ajeno. Por otro lado, el Código español de 1829, en su artículo 11 ° destaca, como nota esencial de la comisión, lo de la doctrina mercantilista antigua, es decir: "El desempeñar por nombre de otros actos comerciales".

Pero lejos de imponer al comisionista la necesidad de obrar en su propio nombre para conservar tal carácter de comisionista, lo que hace es facultarle para obrar en nombre propio (Artículo 118: "el comisionista (...) puede obrar en nombre propio"). En este orden de ideas, hay mandato cuando la operación a realizar es civil, no importa que el mandatario obre en nombre del mandante o en su propio nombre.

9.11.3.- ANALOGÍAS y DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS DE: MANDATO, AGENCIA Y CORRETAJE.

Los tres contratos tienen por genérico objetivo la gestión de intereses ajenos, razón por la cual existen entre ellos analogías y diferencias que conviene precisar en seguida.

a) Por razón de la función o naturaleza de la actividad encomendada, el mandatario contrata ó estipula actos jurídicos por cuenta del mandante; el agente contrata, aproxima clientes a su representado; mientras que el corredor sólo promueve o busca clientes, pero nunca contrata con ellos por cuenta de su mandante.

b) Por razón de la estabilidad o permanencia de la relación contractual, mientras el agente participa de una estabilidad que le obliga a promover o a contratar tantos negocios cuantos sean posibles mientras que dure el encargo, el mandatario y el corredor reciben un encargo aislado singular o individual; por ello, mientras el primero es un contrato de duración, los segundos lo son de ejecución instantánea.

c) Por razón de la exclusividad de la función o actividad en favor de quien formuló el encargo, mientras el agente opera normalmente en una zona en exclusiva en favor de su representado, ni el mandatario ni el corredor soportan exclusividad alguna en favor de su cliente.

d) Por razón de la revocabilidad del encargo, mientras el mandato y el corretaje son libremente revocables por el mandante, esta facultad normalmente no debe reconocerse en favor del representado por el agente.

e) Por razón de su profesionalidad el mandatario no siempre es comerciante habitualmente dedicado a actividades comerciales; mientras que el agente y el corredor, si son comerciantes o empresarios mercantiles dedicados habitualmente a gestionar intereses ajenos.

9.11.4.- MANDATO Y PODER EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Nº 26887 (09-12-1997)

En la praxis el artículo de mayor importancia es el artículo 17º de la LGS, que es innovador en la Legislación nacional, sin embargo por estar bastante vinculado al Registro de Sociedades lo trataremos más adelante, en el siguiente numeral.

Las sociedades nacen con el contrato social, ó "pacto social", de acuerdo a la denominación empleada por la LGS en su artículo 54º, en el cual además de la denominación, capital, aportes de los socios, y otros, también se establece el nombramiento de los primeros administradores. Asimismo la misma ley, en su artículo 55º exige establecer el régimen de los órganos de la sociedad. En estos dos artículos se plasma la obligatoriedad de contar con representantes. Estos dispositivos imperativos, se ven complementados con los artículos 12º, 13, y 14º, que contienen aspectos sobre la responsabilidad y formalidad del nombramiento de representantes.

“Artículo 12.- Alcances de la representación

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social”.

“Artículo 13.- Actos que no obligan a la sociedad

Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.

La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores”.

“Artículo 14.- Nombramientos, poderes e inscripciones

El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes.

Estos actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso.

Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar.

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto. (*)

(*) Párrafo modificado por el Numeral 2 de la Tercera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 junio 2008, la misma que de conformidad con su Tercera Disposición Final, entrará en vigencia el 1 de setiembre de 2008, cuyo texto es el siguiente:

“El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario (*)
RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.”

La doctrina consideraba al representante como un mandatario de la sociedad, sin tomar en cuenta que no todo mandato contiene facultades de representación. Así lo entendieron algunos autores nacionales, como Jorge Pozo Vidal (1988) al comentar la actuación de los administradores en la sociedad anónima. Nuestro ordenamiento jurídico superó ese criterio con el Código Civil de 1984, y la Ley General de Sociedades de 1997.

Los alcances de la representación por el Directorio y por la Gerencia, varían según cada legislación. Podemos afirmar entonces, que la representación puede recaer tanto en el directorio, como en la gerencia, de acuerdo al tratamiento conferido en cada legislación.

Pero, queda claro que es el gerente quien siempre tiene funciones de representación y administración. Se trata entonces de una Representación Orgánica, que comprende a los actos ordinarios de la sociedad. El directorio en cambio, tiene facultades tanto de administración como de dirección de la sociedad. Los límites de representación de ambos órganos, depende del Estatuto de la sociedad.

9.11.5.- MANDATO Y PODER EN EL REGLAMENTO DE REGISTRO DE SOCIEDADES. RESOLUCION DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS N° 200-2001-SUNARP-SN.

La Función principal del Registro de Personas Jurídicas es publicitar las inscripciones referidas a la historia jurídica de la persona desde el acto constitutivo, modificaciones, régimen y nombramiento de administradores y apoderado, y la disolución, liquidación y extinción. El objeto de la inscripción será, la persona del empresario social, así como los hechos, relaciones y situaciones jurídicas de interés para el tráfico mercantil. Debe destacarse que hay sectores enteros de la vida del empresario social que quedan cerrados a la publicidad registral, tales como las relaciones negócias y la situación económica -financiera. Esto tiene una razón de ser evidente, se evita recargar el contenido de la Partida Registral, de lo contrario se disminuiría la claridad del registro y ocultaría la comprensión de la publicidad formal. El recargo de la información registral es contraproducente, la excesiva cantidad de actos jurídicos inscritos no cumplen función alguna, de publicitar todos los actos estos serían inacabables. Sin embargo, en la evolución histórica del Registro Mercantil se nota el aumento de la extensión en el número de los actos materia de inscripción. Garrigues denomina a este fenómeno "extensión horizontal de la materia inscribible". Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la anterior y la vigente Ley General de Sociedades, y el Reglamento del Registro de Sociedades, establecen un sistema Numerus Clausus de actos inscribibles, buscando evitar llenar de excesiva información intrascendente en la Partida de la Persona Jurídica Mercantil. Dado que las Sociedades Comerciales actúan a través de órganos que se materializan en personas naturales, el legislador decidió establecer la regla de Representantes No Inscritos con finalidad de no sobrecargar de información las Partidas Registrales, en la LGS se estableció el:

“Artículo 17.- Ejercicio de poderes no inscritos.

Cuando un acto Inscribible se celebra mediante representación basta para su inscripción que se deje constancia o se Inserte el poder en virtud del cual se actúa."

El jurista y legislador, Enrique Elías Laroza, feliz creía haber encontrado la solución a uno de los problemas más álgidos de la vida de las Sociedades Mercantiles, y exponía lo siguiente:

"Si, por ejemplo, la Junta de Accionistas de una sociedad anónima aprobaba la compra de un inmueble y daba poder a una persona para suscribir la escritura de adquisición del bien, ¿era necesaria la inscripción previa de este último poder o era suficiente insertar en la escritura de compra el acta de la Junta, que contenía el acuerdo y el poder? La interpretación de las normas de la Ley anterior, en nuestra opinión, debía conducir a aceptar lo segundo, pues al insertarse el acuerdo de la Junta en la escritura pública de compra se producía la necesaria inscripción de la transferencia de propiedad y del poder, en forma simultánea.

La práctica registral se fue inclinando por lo contrario, llegando a exigirla inscripción previa del poder; provocando, con ello, una innecesaria dualidad y un importante retraso para muchas operaciones.

2.- Solución de la nueva Ley

El artículo bajo análisis soluciona acertadamente el problema. La sociedad puede celebrar actos inscribibles mediante apoderados que no tengan poderes previamente inscritos al momento de celebrar el acto. Bastará que se deje constancia o se inserte el poder respectivo para su presentación ante el registro.

Esta disposición guarda plena concordancia con el primer párrafo del artículo 14 de la nueva LGS, que establece que el otorgamiento del poder surte efecto desde su aceptación expresa o desde que el apoderado lo ejerce. Esto último es precisamente lo que ocurre en los casos materia de este comentario"²⁰

No obstante, el contenido literal del Artículo 17° de la LGS, este no se aplica conforme a dicho mandato legislativo. El optimismo del jurista Elias Laroza, pronto se dilato. En la praxis registral, se exige que el poder, tratándose de transferencia de propiedad y/o gravamen de bienes inmuebles, deben constar por Escritura Pública, por mandato de los Artículo 156°, y 167° del C.C., a pesar que por especialidad debería aplicarse el artículo 17° de la LGS, prevalece en el criterio de la mayoría de registradores mercantiles la exigencia de los Artículos 156°, y 167°. Que interpretan inclusive la frase "Indubitable", no sólo como poder expreso sino específico (por lo cual, no es suficiente que en el Poder, se faculte vender un inmueble -Poder Expreso-, sino que además debe individualizarse el inmueble, ejemplo: vender el predio de la Av. Lima N° 100, del distrito, provincia, y departamento de Lima, que corre inscrito en la Partida Registral N° (...) -Poder Específico-, y no sólo exigen que sea otorgado por Escritura Publica, sino que se encuentre inscrito, y además a quien actúa como representante le exigen que acredite su calidad de tal con Certificado de Vigencia de Poder. Lo lamentable es que las observaciones realizadas por los Registradores Mercantiles, son siempre subsanadas, y al no ser apeladas, no se ha dado oportunidad al Tribunal Registral, pronunciarse sobre el tema. Siempre, diligente para emitir directivas y normas jurídicas, sobre este tema específico no se ha pronunciado la SUNARP.

Téngase presente que las Partidas Regístrales de las empresas de gran movimiento registral se encuentra constituida por cientos de páginas, y la mayoría de estas están referidas al Régimen de Poder, es decir pues el tema es de gran importancia práctica, y a nivel de los especialistas son escasos los estudios sobre el particular. El Pleno del Tribunal Registral, hasta la fecha se ha reunido aproximadamente en cincuenta ocasiones para pronunciar jurisprudencia de observancia obligatoria -en materia Registral-, sin embargo en ninguna de dichos plenos se ha pronunciado sobre el mandato, el poder o la representación comercial.

²⁰ ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades Comentada". Trujillo 1998. Editora Normas Legales. p. 55.

9.11.6.- MANDATO Y PODER COMERCIAL EN OTRAS LEYES DE SOCIEDADES COMERCIALES.

Las más antiguas, y que siguen vigentes son las del Código de Comercio de 1902, de los cuales ya nos hemos referido. Asimismo la EIRL, tiene una regulación que remite su tratamiento a la LGS. La llamada Ley de Bancos, también se rige por las reglas de la LGS.

La SUNARP, se ha pronunciado con respecto a la figura de la representación de ciertas personas jurídicas, estableciendo dos Directivas.

1) Regulan requisitos para inscribir el reconocimiento de personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero. Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 057-2002-SUNARP-SN (14 de febrero de 2002)

2) Aprueban directiva que establece normas relativas a la inscripción y otorgamiento de certificado de vigencia de poderes irrevocables.

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 463-2002-SUNARP-SN (14 de octubre de 2002).

Directiva N° 12-2002-SUNARP/SN

CAPITULO X

MANDATO Y PODER EN LA EXPERIENCIA JURIDICA DEL PLURALISMO JURIDICO PERUANO

10.1.- ¿QUE ES EL PLURALISMO JURÍDICO?

No existe unanimidad en definir, si la hay en señalar que *El Pluralismo Jurídico* pone el acento sobre un fenómeno de ocultamiento del Derecho en el cual incurren los Estados Modernos, Nacionales, o Soberanos, quienes pretenden que sólo exista el Derecho Oficial ó Estatal. El Estado Nación unifico el Derecho en la Ley, en el Derecho Positivo, a través de la Codificación; contraponiéndose al desorden de las costumbres y la diversidad de fuentes legislativas, un proceso que condujo al Estado de Derecho a limitar su propio poder, sometiéndolo a la ley. Luego el Derecho coparía progresivamente la sociedad y culminaría con envolver al Estado. Se trataba de otra forma de evolucionismo moderno, basado en que el Derecho unificado permite una sociedad Democrática y un Estado Civilizado, por cuanto el Estado de Derecho se impone al Estado de Poder, la Ley a los criterios arbitrarios de los gobernantes. De esta manera el Estado de Derecho constitucionalizando el poder, juridifica la política. La cosmovisión moderna vio en la unificación del Derecho una condición sine qua non en la construcción del Estado de Derecho, sin embargo este hecho que trae como consecuencia la eliminación del *Pluralismo Jurídico* por parte de poder central corresponde a su cosmovisión, y constituye uno de los limites de la modernidad. Investigaciones sociológicas y antropológicas, demuestran que en puridad este Estado de Derecho Moderno no se ha logrado nunca, ni siquiera en las democracias occidentales, por ello el centralismo jurídico constituye en la actualidad un mito moderno. Todas las sociedades contemporáneas, tanto del Centro (Europa, USA, Japón); como las de la Periferia (América del Sur, África), son pluralistas. Las segundas siempre la

afirman, las primeras niegan hasta las primeras décadas del pasado siglo XX. Es demostrable, que en todas las Sociedades Modernas, bajo la idea del Estado de Derecho se debe ver disimulado el derecho (subjeto: facultad) del Estado, el mismo que reduce cada vez más los sistemas jurídicos que se distinguen de él, y al mismo tiempo afirma totalitariamente su propia racionalidad occidental a la sociedad entera. En cuanto al origen del *Pluralismo*, Norbert Rouland afirma que:

"La Paternidad del concepto pertenece a un autor injustamente olvidado del *Adat Law School*, Van Vollenhoven que, ya en 1901, afirma que los subgrupos de una sociedad cercenan su propio derecho"¹

Y sin embargo también no debemos olvidar, según el mismo autor que:

"El término pluralismo emerge sólo en 1939 de la pluma de Furnivall, (...) su sentido era aún estrecho Poco tiempo después aparecen dos monografías, de Redfield (*The Folk-Culture of Yucatan*, 1941) y de Gluckman (*Analysis of a Social Situation in Modern Zululand*, 1958), que usan el termino 'pluralismo', en el sentido que se le asigna actualmente, dado que consideran las interacciones entre ciertas comunidades locales y el orden normativo superior de la sociedad"²

El Pluralismo Jurídico, es sobretudo una tecnología legislativa. En términos de Alvin y Heidi Toffler, diríamos que se trata de una tecnología de tercera ola; idea postmoderna diría Fernando de Trazegnies. Sostenemos con fe profunda, que es la más eficiente tecnología que sirve para afrontar los problemas jurídicos de las Comunidades Campesinas, expresión genuina de multiculturalidad de nuestro Perú. A diferencia de la cosmovisión moderna que propugna un Orden Jurídico dentro de cada uno de los respectivos Estado Nación, idea que ha predominado hasta el siglo XX; *El Pluralismo Jurídico*, hace referencia a la coexistencia de varios ordenes jurídicos dentro de la sociedad y un mismo espacio geográfico. *El Pluralismo Jurídico* considera que aplicar el Derecho Oficial tal como ocurre en la actualidad, es decir asumiendo la premisa que la sociedad es una realidad homogénea, cuando objetivamente es una realidad que por naturaleza es heterogénea, esto es que la sociedad peruana conforma un abigarrado mosaico de diversas culturas; es un acto de esquizofrenia legislativa, altamente perjudicial para la vida en sociedad. Un punto cuya importancia esta fuera de toda duda, y que no ha sido abordado con la suficiente capacidad que nos permita estar satisfechos, es el de las eternamente olvidadas, Comunidades Campesinas y Nativas (aproximadamente en la actualidad: 6,012 Comunidades Campesinas, y unas 1,000 Comunidades

¹ ROULAND, Norbert. "El Pluralismo Jurídico". Lima 1994. En Revista del Foro del CAL: pp. 227-238. Traducido del Francés por Carlos Ramos Nuñez. p. 231.

² ROULAND, Norbert. Ob. Cit. p. 231

Nativas), las mismas que hasta la actualidad recorren un tortuoso camino de integración institucional. La trayectoria histórica no es de las más bondadosas, por cuanto las más de las veces son incomprendidas, mutiladas, y discriminadas en sus elementales derechos, en una realidad hostil a su desenvolvimiento cultural, realidad cuyas pautas institucionales son fijadas por un Estado estructurado por una racionalidad occidental tributario de paradigmas modernos, los mismos que en el mundo académico de hoy están siendo consensualmente cuestionados. El olvido de las Comunidades Campesinas y Nativas, se debe entre otros factores, al predominio tanto en el mundo como en nuestro Perú, de una Cosmovisión Moderna. *El Pluralismo Jurídico* es una expresión de descentralismo jurídico, por cuanto las esferas jurídicas propias de las Comunidades son reconocidas en su rica diversidad. Admitidas Constitucionalmente, adquieren legitimidad de Derecho Oficial. Los problemas jurídicos de las Comunidades Campesinas y Nativas, siendo estructurales tienen relación con el diseño de la Política implementadas por los Gobiernos de turno para superar esta situación, por ello en general debe legislarse utilizando procedimientos de Derecho Consuetudinario, de conformidad con el mandato constitucional (Art. 149º y el Art. 2º Numeral 19), para lo cual es necesario la dación de una Ley Reglamentaria.

10.2.- EL PLURALISMO JURIDICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO SUR AMERICANO.

Se encuentra consagrado en Constituciones de países hermanos como: Colombia, y Paraguay; además en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. La Constitución de Ecuador, y Bolivia, países andinos, regulan también ciertos aspectos del Pluralismo Jurídico, esperamos una regulación amplia y general. Por otro lado, cabe advertir que Venezuela, Chile, y Argentina, países con importante población indígena andina, carecen de toda referencia al Pluralismo Jurídico. Creemos que el Pluralismo Jurídico debe luchar por su Derecho, y deberá de hacerlo de manera franca y frontal, atendiendo no a escrúpulos estéticos sino a exigencias morales, como enseña IHERING:

"No es siempre la estética, sino la moral, quien debe decirnos lo que la naturaleza del derecho, y lejos de expulsar la lucha por el derecho, la moral la proclama un deber. Este elemento de la lucha y del combate que Herbart quiere eliminar de su idea, es pues, una parte integrante e inseparable de su

naturaleza"³

10.2.1.- CONSTITUCIÓN COLOMBIANA (1991).

"Artículo 7º.- El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana".

"Artículo 13º.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o religiosa. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados y marginados"

"Artículo 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

"Artículo 329.- La conformación de las entidades territoriales indígena se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte".

Consagra el respeto de la Pluralidad Cultural, respetando la heterogeneidad de la población. Desde la cosmovisión moderna, reconoce la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas, con jurisdicción especial aplicando su derecho consuetudinario, teniendo como marcos de referencia la Constitución y la Ley.

³ IHERING, RUDOLF VON. "3 Estudios Jurídicos. Del Interés en los Contratos. La posesión. La Lucha por el Derecho". Buenos Aires 1947. Editorial Atalaya. p. 245.

10.2.2.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY (1992).-

Sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992. De los 34 Estados Nación Americanos, es el país que dedica mayor cobertura jurídica al tema del Pluralismo Jurídico, y lo hace en la norma de mayor importancia de un Estado Nación, esto es su Constitución. A continuación, veamos los respectivos artículos dedicados al Pluralismo Jurídico.

“ARTICULO 62.- DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS

Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”.

“ARTICULO 63.- DE LA IDENTIDAD ETNICA

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

“ARTICULO 64.- DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos”.

“ARTICULO 65.- DEL DERECHO A LA PARTICIPACION

Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales”.

“ARTICULO 66.- DE LA EDUCACION Y LA ASISTENCIA

El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su

defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural”.

“ARTICULO 67.- DE LA EXONERACION

Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley”.

Asimismo, en cuanto a la Educación y Cultura, prescribe lo siguiente:

“ARTICULO 77.- DE LA ENSEÑANZA EN LENGUA MATERNA

La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República

En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales”.

“ARTICULO 140.- DE LOS IDIOMAS

El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe.

Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro.

Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación”.

10.2.3.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999)

Esta Carta Magna de Venezuela también se encuentra publicada en lengua wayuu, que es la lengua de los ancestros indígenas de Venezuela.

“Artículo 119.- *El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley”.*

“Artículo 120.- *El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y*

económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley”.

“Artículo 121.- Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones”.

“Artículo 122.- Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos”.

“Artículo 123. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”.

“Artículo 124.- Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas.

Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales”.

“Artículo 125.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley”.

“Artículo 126.- Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

“Artículo 260.- *Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.*

10.2.4.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA.

Propiamente no consagra el Pluralismo Jurídico, si hace referencia a su realidad multiétnica y pluricultural.

“Artículo 1º.- Clase de Estado y Forma de Gobierno

I. Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.

*(*Artículo modificado por Ley N° 1585 del 12 de agosto de 1994. Párrafo modificado por Ley N° 2650 del 13 de abril de 2004.)*

II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la Justicia”.

*(*Párrafo introducido por Ley N° 2410 del 8 de agosto, 2002.)*

“Artículo 171.- *Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.*

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes.

La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado”.

10.2.5.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (1998).

Regula el Pluralismo Jurídico, dedica artículos a las Comunidades Indígenas, a las que se refiere como las nacionalidades de raíces ancestrales, y asimismo no olvida de los descendiente con ascendencia Africana, a los que denomina pueblos negros o afroecuatorianos, con lo cual se encuentra asegurada la presencia de representantes de las Comunidades Indígenas en el vida jurídica del Ecuador, las comunidades campesinas en el Ecuador constituyen una de las minorías mejor organizadas.

“Artículo 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria”.

“Artículo 3.- Son deberes primordiales del Estado:

- 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.*
- 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.*
- 3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.*
- 4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.*
- 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.*
- 6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción”.*

“Artículo 62.- La cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica. Establecerá políticas permanentes

para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas”.

“Artículo 83.- *Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”.*

“Artículo 84.- *El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

- 1.Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.*
- 2.Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.*
- 3.Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.*
- 4.Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*
- 5.Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.*
- 6.Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.*
- 7.Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.*
- 8.A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.*
- 9.A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.*
- 10.Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.*
- 11.Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.*

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

“Artículo 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable”.

“Artículo 97.- Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. 2. Defender la integridad territorial del Ecuador. 3. Respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque. 4. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular. 5. Respetar la honra ajena. 6. Trabajar con eficiencia. 7. Estudiar y capacitarse. 8. Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada. 9. Administrar honradamente el patrimonio público. 10. Pagar los tributos establecidos por la ley. 11. Practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios. 12. Propugnar la unidad en la diversidad, y la relación intercultural. 13. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, conforme a la ley. 14. Denunciar y combatir los actos de corrupción. 15. Colaborar en el mantenimiento de la paz y la seguridad. 16. Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable. 17. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente. 18. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética. 19. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos, tanto los de uso general, como aquellos que le hayan sido expresamente confiados. 20. Ama quilla, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar.”

“Artículo 241.- La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley.”

10.3.- EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA.

Con singular autoridad intelectual JOSE DE LA RIVA AGÜERO plantea por vez primera en el Perú "*El Pluralismo Jurídico*"; y lo hace citando a un gran jurista alemán, él dice:

"Escribe Ihering: 'El Derecho no sólo puede sino debe ser infinitamente diverso. El médico no prescribe el mismo remedio á todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad. De igual manera el Derecho no dicta en todas partes las mismas disposiciones. (...) Imaginarse que el Derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todas las enfermedades al mismo tratamiento. El Derecho Universal, para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde á la panacea para las enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman la piedra de los sabios, pero que solamente los locos se ocupan en buscarla' (El Fin en el Derecho, cap. VII, 12)"⁴

El Ius Naturalismo Racionalista, cuya vigencia y predominancia se remonta al Siglo XVII, matriz de ideas de los legisladores responsables de la dación de los Códigos modernos (Prusiano, Frances, BGB Alemán), desvistieron de todo atributo a la persona, construyendo un ente ideal dotado de razón, de tanto simplicar creyeron haber construido un ser universal, de todas las épocas. Por su parte Immanuel Kant, el príncipe de la filosofía moderna, instaura la razón como Tribunal Supremo, ante el cual deben juzgarse los actos y las formas sociales, y la razón es universal porque es parte de la naturaleza humana, la sociedad es una sola y las diferencias culturales son sólo aspectos anecdóticos. Hasta fines del siglo XIX predominaron estas ideas Ius Naturalistas Racionalistas, y predominaron a través de la Escuela Exegetica (que hasta al presente tiene gran predicamento en nuestros claustros universitarios); sin embargo, en pleno siglo XIX en Alemania dos grandes juristas: Savigny, y Ihering, se rebelaron contra estas ideas dominantes; en Francia siguieron los mismos pasos, a fines del Siglo XIX, Planiol, y Geny; quienes también cuestionaron estos paradigmas.

Recordando nuestra historia, encontramos que en el Tahuantinsuyo se realizó una cruzada civilizadora bajo el predominio de la lengua Runa Simi y la cultura Cuzco. De acuerdo a PORRAS BARRENECHEA, en un momento de crisis de liderazgo político y después de haber logrado completamente la integración del mundo andino,

⁴ RIVA AGÜERO, José de la. "Concepto de derecho; ensayo de filosofía jurídica". Lima 1912. Librería Francesa Editorial ROSAY. pp. 105-106.

llegan los españoles y desafían el entonces devaluado poder central del Tahuantinsuyo. Emergen decenas de étnicas aprovechando la presencia española para plantear sus reivindicaciones institucionales, apoyando a los españoles contra el poder central que cae derrotado. El Virreynato produce cierta integración a través del mestizaje racial y cultural. El Derecho contribuirá a señalar las diferencias, la preocupación del Gobierno Español de proteger al Indio lleva a la creación de dos países compartiendo un mismo espacio geográfico, así surge La República de: Españoles, e Indios; con mayor poder de los primeros sobre los segundos. Lo grave es que aquellos que podrían haber representado el éxito de la fusión entre los Españoles e Indios, los Mestizos quedaron sin sitio: No son ni españoles ni indios, y no tendrá más remedio que mimetizarse con uno u otro; dado el predominio de los peninsulares, el mestizo buscara ser español a toda costa. La República termina con eliminar la división jurídica entre estos dos grupos, y pretende tratar a todos los hombres por igual. Una medida legal de abolición de la nobleza india en 1825, lleva a que los indios pierdan personajes representativos y desaparezcan del mundo oficial. La Diversidad Cultural en la República aumenta, no sólo porque las diversas nacionalidades autóctonas conservan sus identidades sino porque además se producen movimientos migratorios, en la Colonia desde el África; con la República de otras partes del mundo siendo los de mayor importancia las corrientes migratorias: China, Italiana, y Japonesas. El panorama actual del Perú es culturalmente complejo, las matrices culturales no han logrado integrarse totalmente.

Las diferentes nacionalidades muestran características propias, no existiendo diferencias químicamente puras, cada nacionalidad ha incorporado elementos de otros a su acervo cultural. En nuestro Perú, cobra especial importancia el tema del *Pluralismo Jurídico*, y el énfasis que se pone en el concepto va por reconocer sobretudo la multiculturalidad de la sociedad peruana (TRAZEGNIES⁵; NEIRA⁶), haciendo referencia a la coexistencia de varios ordenes jurídicos no reconocidos por el Estado dentro de la sociedad y un mismo espacio geográfico; los cuales se relacionan entre sí, siendo uno de estos ordenes el denominado Derecho Oficial, expresado en un conjunto de normas legales. En nuestro Perú observamos diversidad social y cultural, la cual debería tener su correlato jurídico en la existencia

⁵ TRAZEGNIES, Fernando de. "Postmodernidad y pluralismo jurídico". Lima 1994. En: ¿Qué modernidad deseamos?. Epígrafe S.A. Editores. pp.191-212. Editores: David Sobrevilla, y Pedro Belaúnde M.

⁶ NEIRA, HUGO. "Hacia la tercera mitad". Perú XVI-XX. Ensayos de relectura herética. Lima 1996. Fondo editorial SIDEA

de una Pluralidad Jurídica reconocida por el Estado, y no sólo a nivel Constitucional, sino también legal.

CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993 .

"Artículo 2º Toda persona tiene derecho:

Num.2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.

Num.19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen ese mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad"

Afirma el derecho a la identidad propia de cada grupo, reconoce y protege la diversidad cultural y étnica. Debe concordarse con los Arts. 15º, 2º pfo. referido al derecho del Educando a una formación que respete su identidad, y 17º 4º pfo. que establece la educación bilingüe intercultural, de acuerdo a cada zona, preserva las diversas culturas y lenguas del país.

"Artículo 149º Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no viole los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial por los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

A las facultades otorgadas en este artículo se les otorga el carácter de jurisdicción especial. El Artículo 139º Inc.1 establece la exclusividad y unidad de la función jurisdiccional, de manera que a diferencia de Colombia, en el Perú no puede ejercerse jurisdicción independiente, ésta es ejercida por el Poder Judicial. Respecto al Poder Jurisdiccional, cabe dos interpretaciones del Artículo 149º. La primera que se trata de una ampliación de facultades por lo que el Poder Judicial no pierde jurisdicción (actúa como segunda instancia). Segunda, reconoce facultades en la administración de Justicia en la resolución de conflictos para pequeños problemas que afectan a la Comunidad, que por cuestiones de cuantía y otros límites no pueden resolverse en el Poder Judicial por no estar dentro de su jurisdicción.

10.4.- MANDATO Y PODER EN EL PLURALISMO JURÍDICO

En nuestro país no podemos ignorar la existencia de las 5,168 Comunidades Campesinas que existen Oficialmente de acuerdo al último Censo Nacional Agropecuario (de 1994). Y tienen reglas procesales que regulan sus relaciones sociales, con singular eficacia y eficiencia, que tampoco podemos ignorarlas por cuanto existe un mandato Constitucional prescrito en el Artículo 149, que nos compele estar alertas ante estas ancestrales normas jurídicas. Las que según el dirigente campesino Julio Cantalicio, hacía fines del año 1999, habían ascendido aproximadamente a 6,012 Comunidades Campesinas, y 1,000 Comunidades Nativas. Los pensadores peruanos más connotados han dedicado sus reflexiones para profundizar el estudio de estas Comunidades, una tradición intelectual que se inicia el siglo XIX, a partir de las reflexiones de aquel crítico severo: Don Manuel González Prada, pasando por celebres pensadores como José Carlos Mariategui, o talentosos políticos como Víctor Raúl Haya de la Torre, antropólogos de pensamientos profundos y de todas las sangres como José María Arguedas, o juristas de la talla del maestro del Derecho Registral Peruano Manuel Soria Alarcon, y Fernando de Trazegnies Granda, por citar entre los más destacados. En sus estudios, denunciaron con lucidez ante la opinión pública los conflictos, atropellos y abusos constantes de la Cultura Oficial hacia las Comunidades, los problemas lejos de haberse solucionado permanece en la agenda de reformas. En seguida una apretada síntesis de los desencuentros del Perú Oficial, consagrado a la racionalidad occidental, con las Comunidades en el tema de la "Representación Judicial".

¿Y cuales son los casos de Representación en sede del Pluralismo Jurídico? Creemos que esta aparece en muchas circunstancias, sin embargo mencionaremos dos situaciones:

10.4.1.- PRIMERA: RIMAYKUKUY.-

El gran escritor José María Argüedas (1989), relata el Rito del matrimonio, llamado **Rimaykukuy**, el cuál ocurre como todo un rito andino que se inicia cuando el joven que ha elegido a su sipas, y decide hablar con el padre de la elegida, pero no puede ir solo, porque no tiene capacidad, para ello debe pedir la "protección" de alguna persona mayor de "respeto", o el de su patrón; es decir hará la petición de mano a través de un representante, que es

representante por que acude este representante ante incapacidad de su representado. El pretendiente visita, al atardecer la casa de su futuro suegro, acompañado de algunos de sus parientes y del "mayor" que hablará por él. Van llevando un buen presente de coca y de aguardiente. El padre de la sipas, comprendiendo la intención de la comitiva inmediatamente, se mostrara severo y enojado, contra los solicitantes. Aquí no hay motivo alguno para tomar y ser agasajado. Nadie en esta choza quiere ahora beber ni chaqchar coca por razones de convites, mientras habla va agriando más su expresión; mira con ojos casi enfurecidos a sus visitantes. Mientras tanto, el pretendiente se refugia en el rincón más oscuro de la choza, con el brazo caído y cabizbajo, en la actitud más humilde; no se atreverá a nada y escucha, como un niño sorprendido. Cuando el padre de la sipas ha concluido el "mayor" explica en tono humildísimo y muy respetuoso el objeto de la visita, y hace la petición de la sipas, explicando que ya ella puede formar el "cimiento" de una casa, y que el wayna, por quien habla, la quiere para esposa, y tiene cuales y tales virtudes que garantizan la seguridad de que será un buen marido. Ante la petición el padre levanta aún más la voz, y con tono despectivo comenta los defectos del pretendiente, esta parte del **Rimaykukuy** es ineludible. El pretendiente no interviene durante todo este diálogo, y mucho menos cuando el futuro suegro como refutando al solicitante, se refiere a las debilidades y a las faltas del wayna. Cuando el padre ha concluido de objetar al wayna, el "mayor", es decir el representante solicita que ponga a prueba al wayna. El padre debe aceptar. Y entonces el "mayor" saca el cañazo y la coca, y también el pretendiente puede saludar al suegro, y lo hace muy respetuosamente, inclinándose ante él casi hasta el suelo. La prueba dura muchos meses, y durante este tiempo el wayna es un verdadero peón de su futuro suegro. La prueba es, pues, directa; el es quien lo experimenta y lo observa, en todas las faenas que realice el suegro, el pretendiente será siempre "collana", es decir, el primero en levantarse, a las cuatro de la mañana, mucho antes del amanecer, el wayna ya estará trabajando en la casa de su suegro. Concluido el período de la prueba, vuelve el wayna y todos los que acompañaron en la primera visita a la casa de sipas. Esta vez todo es distinto, ha demostrado méritos, el padre de la sipas ha quedado convencido que no hay motivo para entrar humilde y avergonzado. El Wayna y sus acompañantes entran a la casa de la sipas con toda desenvoltura y confianza. Saludan alegremente al dueño de casa, sirven el cañazo, reparten la coca entre todos los presentes. A la hora oportuna; el "mayor", se refiere a la prueba, y señala que esta vez tuvo razón al ponderar las virtudes del wayna, y ruega su consentimiento para el matrimonio. El padre acepta. El "mayor" abraza al padre, y a todos con sumo cariño,

especialmente al padre y al futuro yerno, ese día el wayna puede llevarse ya a la sipas. Entonces empieza el "sirvinakuy", hasta el día del matrimonio legal.

10.4.2.- EL VARAYOK, EJE DE LA VIDA CIVIL DEL AYLLU O COMUNIDAD CAMPESINA.-

Es la máxima autoridad india, jefe de la Comunidad, subalterno del teniente gobernador distrital, y cabeza del ayllu, presidente en los cabildos, su representante legítimo para el agasajante de las fiestas, juez en los pleitos y peleas. Una especie jefe y de director, y representante legal del ayllu. Históricamente el varayok' es una autoridad indígena de origen colonial; es el alcalde del ayllu instituido por la legislación colonial. Su nombre kechwa, "varayok", que quiere decir "el que tiene vara". El indio hizo de esta insignia un simbolo mucho más significativo y comenzó por decorarlo con toda la fantasía de su genio artístico, cubrió de plata labrada la vara desnuda que le entregaron las autoridades, el mundo indio está retratado en los anillos de plata, las flores silvestres, los pájaros cantores, la tuya, el chihuaco, el jilguero y la paloma que cantan en los frondosos de retama y sobre los sauces. El Varayok' fue indigenizado, en su nombre y en sus atribuciones. El Varayok' es el centro de la vida laica del ayllu; las fiestas que él organiza y convoca como autoridad son las únicas no religiosas que la comunidad celebra. Cada ayllu tiene dos o tres varayok's, pero uno es el principal, el alcalde; en el departamento de Ayacucho a los otros se les llama regidores.

En la región de Cuzco, la comunidad elige a una especie de ayudante de los varayok's; el arariwa, personaje que lleva por insignia un zuiriago adornado con anillos de acero o de simple latón. La vara del alcalde es más grande que la de los regidores. Los varayok's son elegidos por el ayllu, en cabildo. El gobernador del distrito los ratifica, en una ceremonia especial, ante todo el ayllu reunido en fiesta, que es la fiesta cívica principal de la comunidad, el TasaTiachiy. El cargo dura un año, pero la elección se hace dos años antes porque el electo hace un año de aprendizaje bajo la dirección del Varayok' efectivo. Todas las faenas comunales se hacen bajo la dirección del Varayok'. Las faenas tienen siempre algo de fiesta.

10.4.3.- MANDATO Y PODER COMERCIAL EN EL PLURALISMO JURIDICO PERUANO

Se regula la realidad de las Comunidades Campesinas, que tiene una racionalidad andina, en terminas de una racionalidad occidental. Es decir se establecen reglas propias de la Asociación, y la Sociedad Anónima, a la Comunidad Campesina. ¿Cuales son sus efectos? En la praxis, si vemos por el lado positivo sostenemos que si bien se permite publicitar a través de Registros Publicas a la Comunidad Campesina, a sus Órganos Directivos, y a sus Representantes (situación que antes no ocurría); sin embargo al establecer reglas propias de una racionalidad occidental, el desempeño jurídico mercantil registral no es el que debe esperarse. Efectivamente, en la actualidad la mayoría de Partidas Regístrales de las Comunidades Campesinas no se encuentran saneadas, a pesar que la SUNARP ha dado directivas para "facilitar" la inscripción de las Juntas Directivas, y sus Representantes, sin embargo el problema es de fondo, y esas Directivas no atienden el fondo, sino reiteradamente insisten en ver la realidad de las Comunidades, desde una perspectiva occidental, si se quiere "Limeña".

¿Cuáles son las principales trabas legales de racionalidad occidental? Desde la colonia, la autoridad comunal ha sido el "varayok", y esta autoridad tenia sus colaboradores, y se vinculaba con las ciudades, a través de los Gobernadores provinciales. En la actualidad se desconoce esta estructura de representación comunal, política, económica y jurídica a la vez. Se regula a los órganos de la comunidad y de las empresas comunales, en términos de asociación y sociedad anónima.

Además, en términos de Derecho Comercial Registral de Comunidades Campesinas, innecesariamente la Legislación permite la inscripción de dos personas jurídicas, en una misma partida registral, pudiendo ser inclusive tres las personas jurídicas que pueden correr inscritas en una misma partida registral, contraviniendo el principio registral de especialidad por la cual en una Partida Registral debe correr inscrita una sola Persona Jurídica. En efecto, en la misma Partida de una Comunidad Campesina (que tiene normas similares a las asociaciones), se inscribe la Empresa Comunal, y de existir también la Multicomunal (que son reguladas por normas similares a las

sociedades anónimas). Además, se introduce en la telaraña burocrática, cuando se establece la obligación legal de tener permiso del Ministerio de Agricultura para ejercer ser reconocidas como Comunidad Campesina, y su Derecho de Constitución de constituir Empresas Comunales, o Multicomunales. A continuación las principales normas que regulan la actividad comercial de las Comunidades Campesinas:

LEY GENERAL DE COMUNIDADES CAMPESINAS: LEY N° 24656 (14/04/1987)

TITULO V: REGIMEN ADMINISTRATIVO

Artículo 16.- Son órganos de gobierno de la Comunidad Campesina:

- a) La Asamblea General;
- b) La Directiva Comunal; y
- c) Los Comités Especializados por actividad y Anexo.

TITULO I: DE LA ASAMBLEA GENERAL

Artículo 17.- La Asamblea General es el órgano supremo de la Comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada comunidad.

Artículo 18.- Son atribuciones de la Asamblea General:

- f) Acordar la Constitución de Empresas Comunales,
- g) Acordar la participación de la Comunidad como socia de Empresas Multinacionales y de otras empresas del Sector Público y/o asociativo, así como el retiro de la Comunidad de estas empresas;

CAPITULO II: DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Artículo 25.- Las Comunidades Campesinas ejercen su actividad empresarial bajo la modalidad siguiente:

- a) Empresas Comunales;
- b) Empresas Multicomunales; y,
- c) Participando como socias en empresas del Sector Público, Asociativo o Privado.

Artículo 27.- Las Empresas Multicomunales son personas jurídicas de derecho privado, de responsabilidad limitada, cuyas participaciones son de propiedad directa de las Comunidades socias.

(...)

La constitución de una Empresa Multicomunal y todo acto que la modifique será acordado en Asamblea General que celebren los delegados de las comunidades socias. Estas Empresas tienen existencia legal desde el momento de su inscripción en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos. La sola presentación de las copias certificadas por Notario Público o por Juez de Paz, de acta de constitución serán títulos suficientes para su inscripción registral.

APRUEBAN REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE COMUNIDADES CAMPESINAS: DECRETO SUPREMO N° 008-91-TR (15/02/91)

TITULO II: DE LA PERSONERIA JURIDICA

CAPITULO I: DE LA RESOLUCION DE INSCRIPCION

Artículo 2.- Para formalizar su personería jurídica, la Comunidad Campesina será inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de Comunidades del Gobierno Regional correspondiente. En mérito a dicha resolución, se inscribirá en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral correspondiente. La inscripción implica el

reconocimiento tácito de la Comunidad.

Artículo 48.- La Directiva Comunal es el órgano responsable del gobierno y administración de la Comunidad. Está constituida por un mínimo de seis directivos, con los siguientes cargos:

- Presidente
- Vice-Presidente,
- Secretario,
- Tesorero,
- Fiscal,
- Vocal.

El Estatuto de la Comunidad podrá establecer un mayor. número de miembros hasta un máximo de nueve.

Artículo 60.- Son funciones de la Directiva Comunal:

a .. Dirigir la marcha administrativa de la Comunidad, cumplir y hacer cumplir las disposiciones contenidas en la Ley General de Comunidades Campesinas, el presente Reglamento, el Estatuto de la Comunidad y los acuerdos de la Asamblea General;

(...)

k. Solicitar a la Asamblea General, autorización expresa para disponer o gravar los bienes y rentas de la Comunidad, así como para transacciones y actos para los que se requiera autorización especial, y

Artículo 62.- El Presidente de la Directiva Comunal es el representante legal de la Comunidad y como tal está facultado para ejecutar todos los actos de carácter administrativo, económico y judicial, que comprometan a la Comunidad.

CAPÍTULO XI

MANDATO Y PODER EN EL DERECHO COMPARADO. LEGISLACIÓN, Y DOCTRINA

11.1.- DERECHO COMPARADO. CUESTIONES GENERALES.

Si bien desde “La Política” de Platón se empiezan a ver los primeros rasgos del Derecho Comparado, cuando éste celebre filosofo compara 59 constituciones, También es cierto, que modernamente se admite que con Savigny (Siglo XIX), se recurre al Derecho comparado, como una manera de enriquecer el análisis jurídico del estudio de las diversas instituciones. Rene David, discípulo de Kelsen, desde una posición positivista, llevará este análisis a posiciones más desarrolladas, compendiadas, seguiremos las ideas de estos juristas de influencia universal.

El Derecho comparado es una disciplina de estudio que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados. No se considera propiamente como una rama del Derecho.

El Derecho comparado se aplica a cualquier área del derecho, realizando estudios específicos tales como: Derecho civil comparado, Derecho constitucional comparado.

La utilidad del Derecho comparado, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y el legislador, se puede establecer en tres criterios.

a) La doctrina jurídica estudia casos de otros ordenamientos para realizar estudio y comentario del derecho vigente.

- b) La jurisprudencia acude al Derecho comparado para interpretar las normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional.
- c) El legislador toma ideas y modelos del exterior, para implementar en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean nacionalmente. En nuestra patria, es mucho recurrido esta costumbre entre los legisladores, por ello inclusive el jurista José Hurtado Pozo, en sus estudios de la legislación penal peruana habla de “Las ley importada”.

11.2.- LAS FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

Una familia jurídica podrá determinarse por cinco factores, a saber:

- a) **Orígenes Históricos.-** No es más que la manera peculiar derivada del pasado histórico hasta la comprensión del presente.
- b) **La Naturaleza Jurídica.-** Proceso de creación de las normas está basado en las fuentes del derecho y los principios metajurídicos.
La naturaleza jurídica tiene que ver con dos aspectos: las fuentes del derecho y los principios metajurídicos (más allá de lo jurídico) del sistema, como son los fundamentos filosóficos, políticos, ideológicos, económicos y sociales.
- c) **La Estructura del Derecho.-** Esto es la forma en que se organiza a través de sus instituciones legales. Cuales son las áreas del derecho o materias jurídicas
- d) **La Operatividad de ese Derecho.-** Es decir, como se va a aplicar ese derecho, qué método lógico se usa para operar o poner a funcionar ese derecho.
Esta es la técnica y metodología que aplica la norma jurídica. Esa metodología debe ser útil a la interpretación del derecho y a la labor de los juristas.
- e) **La Tradición Intelectual.-** Los hábitos de pensamiento adquiridos en el curso de un proceso de formación del jurista, un enfoque particular de las instituciones educativas y práctica (aplicación).

Actualmente tenemos un ordenamiento de derecho comparado compuesto de cinco familias jurídicas:

1. Familia Romano-germana o Neo-románica
2. Familia Common Law
3. Familia Socialista
4. Sistemas Religiosos (Sistema musulmán)
5. Sistemas Mixtos

Los rasgos definitivos o determinados por la tradición jurídica es lo que hace que se pueda hablar de familia jurídica.

La tradición jurídica es el conjunto de actividades históricamente arraigadas en la sociedad y en el cuerpo político.

11.3.- FAMILIA ROMANO-GERMANA, NEO-ROMÁNICA, O ROMANO-CANÓNICA

La familia romano – germana, tiene su fundamento en el derecho romano antiguo. Finalidad establece un énfasis en los valores de justicia y moral, impreso por el sistema religioso. Es la más antigua y difundida de las familias, es la familia a la cual pertenece el Derecho oficial peruano, y sur americano en general.

Se asume como su origen en la Ley de las XII Tablas, año 450 d. c., siglo V.

En el devenir histórico de su maduración tenemos dos grandes momentos en la familia neo-románica:

- a) Derecho Consuetudinario o derecho de la costumbre
- b) Período Legislativo o de derecho escrito

Este derecho tuvo dos grandes ejes o componentes: Las universidades, y los derechos nacionales y regionales.

11.4.- DERECHO CIVIL COMPARADO FAMILIA ROMANO-GERMANA.

En el presente capítulo analizaremos el Derecho Civil comparado de la familia Romano - Germana, que es la que rige el sistema jurídico peruano, específicamente en las instituciones tema de investigación, y relacionados a los países de legislaciones rectoras en la familia jurídica.

Código civil es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, es decir un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, en este último caso siempre que actúen como particulares, es decir, desprovistas de imperium.

A partir del siglo XIX, todos los países de Europa e Iberoamérica y varios de África, Asia y Oceanía han promulgado códigos civiles.

No obstante, la primera ley que utilizó esta denominación fue el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 (de Baviera); le siguió, en 1792, un cuerpo legal que incluía Derecho civil, penal y político, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (de Federico II de Prusia). De todas maneras, ambos aún no satisfacían los cánones del movimiento codificador moderno del Derecho. El primer Código en satisfacer dichos requerimientos, fue el francés, conocido como el Code Napoleón de 1804.

11.4.1.- FRANCIA

El Código Civil Francés, de manera sobresaliente recogió las exigencias, que fueron concebidas a partir de la Ilustración, sobre la forma que debía tener un cuerpo legislativo moderno, fue el *Code Civil* que promulgó Napoleón en 1804, razón por la cual también es conocido como *Código de Napoleón*. Este resultó ser el modelo que, por imitación o imposición, se expandió por los países europeos y americanos.

El Código Napoleón trae la misma confusión y define el contrato de mandato, en su artículo 1984: "el mandato o procura es un acto por el cual una persona concede a otra el poder de hacer algo por el mandante y en nombre de este". No se concibe el poder como acto independiente del mandato.

El **Código Civil Frances** de 1804 dice:

"Artículo 1984º.- El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da poder a otra para hacer algo por el mandante y en su nombre. El contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario".

DOCTRINA FRANCESA:

En una de las obras jurídicas más representativas, cuya autoría corresponde a los hermanos Henri, Leon, y Jean MAZEAUD, se conceptúa el Mandato, de la manera siguiente:

"El mandato es el contrato por el cual una persona el mandante, encarga a otra persona, el mandatario que acepta, cumplir un acto jurídico, representándolo en él"¹.

Se considera en este concepto como una sola figura el mandato con la representación. Por su parte, comentando los alcances del artículo 1984, opina

Louis JOSSERAND:

"El que confiere el poder se llama mandante; aquel a quien se le confiere es el mandatario; el acto escrito que se redacta al efecto de hacer constar el acuerdo de las partes, se denomina procuración; el legislador ha cometido el error de confundir con el contrato mismo: "el mandato o procuración (art. 1984).

¹¹ MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". Buenos Aires 1967. Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte Tercera, Volumen IV.p. 384.

El mandato, en principio, se concluye intuitu personae"²

El mismo jurista francés, señala que el objeto del mandato en la concepción moderna, son exclusivamente consistentes en actos jurídicos, con exclusión de los actos materiales,

11.4.2.- ESPAÑA.

El Código Civil Español se inspira en el Código Napoleón y se ocupa de la representación voluntaria al tratar del mandato. Si bien no lo legisla en forma autónoma, tampoco lo vincula en forma necesaria como en el Código Frances, y define el mandato.

El Código Civil Español de 1888 dice:

"Artículo 1709º.- Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra".

DOCTRINA ESPAÑOLA:

De la definición emerge que no están estrechamente ligados la representación y el mandato, sin embargo la doctrina de la época sí los vinculaba como una sola institución.

En el siglo XX, el jurista Manuel ALBADALEJO, señala que el mandato solo puede tener por objeto la celebración de negocios jurídicos (actos jurídicos). Y ese objeto del mandato, hace la diferencia con el arrendamiento de servicios en que el arrendador se obliga a la realización de un trabajo (material o intelectual) o de una obra; es decir que puede tener por objeto la prestación del trabajo o de la obra.

*"El obrero o el empleado trabaja para quien los contrato; el mandatario obra jurídicamente (celebra contratos, hace pagos y cobros, administra intereses) por cuenta del mandante"*³

Continúa argumentando el mismo autor y señala que si bien el tenor literal del Artículo 1709 del Código Civil Español no abona a su favor, pues se refiere a prestar algún servicio, el espíritu de la ley se halla en toda la regulación del contrato de mandato y a través de su examen se logra restituir el verdadero sentido al artículo mencionado, pues la ley al regular el mandato se refiere a actos y materias jurídicas (administrar, transigir, hipotecar, enajenar) y no a actos materiales.

² JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Buenos Aires 1951. Editorial Bosch (8 Tomos) Tomo II. Volumen II. Traducción Santiago Cunchilló y Manterola. p. 353.

³ ALBADALEJO, Manuel. "Derecho Civil". Barcelona 1975. Librería Bosch. Tomo II. Volumen Segundo, Segunda Edición. p. 289.

Por otra parte, el mismo Manuel ALBADALEJO, claramente establece la diferencia que existe entre mandato y poder, sosteniendo que:

"El apoderamiento puede otorgarse solo ('A' nombra representante a 'B', sin mas, pensando simplemente en que en el futuro pueda sustituirle, si es preciso) o unido a otros negocios (por ejemplo, mandato, arrendamiento de servicios, sociedad), que son explicación del otorgamiento de aquél, relaciones subyacentes o básicas respecto al mismo, y que generalmente constituyen un negocio de gestión por el que el sujeto a quien se nombró representante se obliga a hacer algo, la ejecución de lo que le es posibilitado por la facultad de obrar en nombre del poderdante"⁴

Asimismo, estableciendo las diferencias de la representación con otras figuras jurídicas, el maestro de la Universidad de Barcelona y Complutense de Madrid, señala lo que ocurría en España:

"c) REPRESENTACIÓN Y MANDATO.

También es diferente la representación del mandato. Sin embargo, hasta hace poco ha existido confusión entre ellos, confusión que abarcando, naturalmente, a todo lo que a ambas figuras se refiere era confusión entre los actos de que una y otra surgen –apoderamiento y contrato de mandato–, y confusión entre representante y mandatario. Y, dentro de esa línea se halla nuestro Código (cfr. Arts. 1.709 y sgs.). Pero actualmente, la distinción se halla establecida de forma clara y aceptada por nuestra jurisprudencia y doctrina"⁵

11.4.3.- ITALIA.

Si bien el **Código Civil Italiano de 1865**, eliminó de su modelo francés la alusión a la representación como característica esencial del mandato, pero al igual que lo ocurrido en el Código español y en el peruano, la doctrina planteó el problema confundiendo ambas instituciones.

Il Codice Civile Italiano (El Código Civil Italiano de 1942). Este Código regula en forma autónoma las dos instituciones: representación y mandato. El capítulo VI, Tomo II del Libro IV "De las Obligaciones" contiene los principios fundamentales de la institución de la representación (artículos 1387^o-1400^o), tanto de la legal como de la voluntaria. Y el mandato se encuentra regulado el capítulo IX, Sección I (Artículos 1703^o-1730^o)

LIBRO QUARTO: DELLE OBBLIGAZIONI
TITOLO I: DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE
 CAPO VI : Della Rappresentanza
"Art. 1387 Fonti della rappresentanza

⁴ ALBADALEJO, Manuel. "La Representación". Madrid 1958. Anuario de Derecho Civil, Torno XI, Fascículo 3, p. 779.

⁵ ALBADALEJO, Manuel. "El Negocio Jurídico". Barcelona 1958. Librería Bosch. p. 547.

Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge (48, 320, 357, 360, 424, 643; Cod. Proc. Civ. 78) ovvero dall'interessato".

"Art. 1388 Contratto concluso dal rappresentante

Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli (19), produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato".

CAPO IX Del mandato.

SEZIONE I: Disposizioni generali

Art. 1703 Nozione

Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.

Art. 1704 Mandato con rappresentanza

Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro (1387 e seguenti).

Art. 1705 Mandato senza rappresentanza

Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.

I terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del manda, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario dalle disposizioni degli articoli che seguono.

DOCTRINA ITALIANA:

En el capítulo dedicado al contrato de mandato, se legisla principalmente sobre el mandato con representación indicándose en el artículo 1704⁹ que se aplicaran las normas relativas a la representación, al supuesto en que al mandatario le haya sido concedida la facultad de obrar en nombre del mandante.

El regula la noción del Mandato.

"Artículo 1703⁹.- "Noción:

El mandato es el contrato por el cual una parte se obliga a realizar uno o mas actos jurídicos por cuenta de otra".

De la representación, uno de los juristas de mayor predicamento del Código Civil de 1942, escribe Francesco MESSINEO:

"La representación es un caso particular –aunque el principal- de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en los contratos de otra. Como tal la representación es un hecho, aunque sea un hecho que penetra en el mecanismo del contrato y lo influencia"⁶

Asimismo el jurista italiano, enseña sobre la representación indirecta y directa. De la primera nombrada, la representación indirecta. menciona que:

"LA LLAMADA REPRESENTACIÓN DE INTERESES (O INDIRECTA) EFECTOS EXTERNOS E INTERNOS. c) Un caso ulterior de cooperación en el contrato ajeno

⁶ MESSINEO, Francesco. "Doctrina General del Contrato". Buenos Aires 1952. Editorial EJEA. Traducción S. Sentis Melendo. M. Volterra. R. O. Fontanarrosa. Tomo I. p. 236.

se presenta en la llamada representación indirecta o mediata, o representación de intereses (ajenos) o el llamado mandato en nombre propio (representación impropia), o interposición gestoria que debe distinguirse de la representación directa o propia.

Aquí el llamado representante declara una voluntad propia, con la finalidad de conseguir un resultado que concierne al círculo de intereses ajenos, es decir, del llamado representado; pero exteriormente, esto es, en relación a los terceros a quienes dirige su propia declaración, no aparece que él persigue el cuidado de intereses ajenos; y aunque apareciera; eso sería jurídicamente indiferente (...) porque la esencia de la representación indirecta, está en el hecho de que el declarante declara en nombre propio (representación en nombre propio), con la consecuencia de que los efectos jurídicos de su actividad contractual repercuten, en sentido activo y pasivo (...) en su propio círculo jurídico”⁷ (1952: p. 238-239)

Messineo además considera, líneas mas adelante del texto citado, que la relevancia jurídica de la representación indirecta, se encuentra en las relaciones internas entre el llamado representante (indirecto) y el llamado representado (indirecto). En cuanto el primero está obligado ante el segundo a transmitirle los efectos activos (favorables) de la actividad contractual desplegada con los terceros. En caso inverso, tiene el derecho de endosar al segundo los efectos pasivos (las obligaciones) de la actividad misma; por lo que el riesgo y la ventaja de la actividad del llamado representante indirecto recae en definitiva sobre el llamado representado. Constituye ventaja práctica de la representación indirecta la posibilidad del titular de interés, de no inmiscuirse en el contrato. Menciona el jurista italiano, que a la representación indirecta recurre quien intenta mantener el incógnito, por eso lo llaman también prestanombre.

Admite asimismo que en algunas veces la representación indirecta puede utilizarse con fines fraudulentos. Por otro lado, menciona que:

“Figuras principales de representación indirecta son la comisión y la expedición (casos de mandatos sin representación) y también el seguro por cuenta ajena (Art, 1891)”⁸

Acerca de la Representación Directa o Propia, Messineo explica que la representación es el poder (...) de participar en un contrato a nombre del representado, con efectos únicamente para este último; de modo que el representante, a su vez, no sufre ningún efecto jurídico de su propia declaración. Finalmente sobre el importante tema del otorgamiento de poderes, El acto (propiamente negocio), con el que se inviste a otro de la calidad de representante, es la autorización o procura (en la practica, se usa

⁷ MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Buenos Aires 1952. Editorial EJEA. Traducción S. Sentis Melendo. M. Volterra. R. O. Fontanarrosa. Tomo I. p. 238-239.

⁸ MESSINEO, Francesco. Ob. Cit. 241.

“delegación” y que por eso, al representante voluntario in genere suele llamarse “procurador.”

11.4.4.- ALEMANIA

El ejemplo de la codificación francesa de 1804 produjo también en Alemania el deseo de tener un código civil (a pesar de la oposición de la Escuela Histórica del Derecho de Friedrich Carl von Savigny), que sistematizara y unificara las diferentes y heterogéneas leyes vigentes en el territorio alemán. Sin embargo, la realización de ese proyecto durante la Confederación Alemana era compleja debido a que no existía un órgano legislativo apropiado.

Sin embargo, en 1871, los varios Estados alemanes fueron unificados bajo el Imperio Alemán. Al comienzo, la potestad legislativa sobre materias de derecho civil era ejercida por cada uno de los estados, y no por el Imperio ("Reich") que aglutinaba a los estados alemanes. En 1873 se aprobó una enmienda constitucional (llamada "Lex Miquel-Lasker" - en referencia a sus autores, diputados Johannes von Miquel y Eduard Lasker) que transfería esta facultad al Reich.

Un primer proyecto, en 1888, no contó con apoyo suficiente. Una segunda comisión de 22 miembros, compuesta tanto por juristas como por representantes de los empresarios así como de las principales corrientes ideológicas del momento, redactó un segundo proyecto.

Cuando Alemania se dividió en un Estado capitalista en Occidente y uno socialista en el Este después de la Segunda Guerra Mundial, el BGB siguió regulando el Derecho privado de ambas naciones. Sin embargo, poco a poco, el Este fue reemplazando las disposiciones del BGB por nuevas regulaciones, comenzando por un Código de la Familia en 1966 para terminar con un código civil en 1976 y una Ley de Contratos en 1976. Desde la reunificación de Alemania en 1990, el BGB ha sido reinstaurado como normativa aplicable al Derecho privado de toda Alemania. El BGB ha sido modificado varias veces desde su promulgación. Los cambios más importantes ocurrieron en 2002, cuando el Derecho de obligaciones, uno de sus cinco libros, fue reformado profundamente.

Código Civil Aleman.- Esta formulación – que en un principio es severamente criticada – es finalmente aceptada y se incorpora al Código Civil Alemán de 1900. Este Código, que fue el primero que separó tajante y radicalmente las instituciones de mandato y representación, trata el poder como un acto de conferimiento de representación, dentro de la doctrina general del negocio jurídico, sin concederle conexión con la relación de mandato, y al legislar este contrato se limita a resultar las relaciones puramente internas entre mandante y mandatario. Al tratar la representación, legisla en forma conjunta la representación voluntaria y la legal y sus efectos comunes.

El Código Civil Alemán de 1900 dice:

“Artículo 164.- Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente es eficaz de forma inmediata para y contra el representado. Es completamente indiferente que la declaración se haga expresamente en nombre del representado o que las circunstancias demuestren que debe realizarse en su nombre.

Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio.

Las disposiciones del párrafo primero se aplican oportunamente si una declaración de voluntad que se ha de emitir frente a otro se realiza frente a un representante”.

“Artículo 167.- La concesión del poder se realiza mediante declaración frente al apoderado o al tercero frente al cuál debe tener lugar la representación. La declaración no necesita la forma que está determinada para el negocio jurídico al que el poder se refiere”.

“Artículo 662º.- Por la aceptación de un mandato, el mandatario se obliga a gestionar gratuitamente para el mandante un negocio que este le ha confiado”.

DOCTRINA ALEMANA:

La doctrina alemana, a través de uno de sus preclaros juristas Ludwig ENNECERUS, establece respecto a la representación:

“IV Representación

166.

1 Concepto y aplicación.

I. Llámese representante al que emite o recibe por otro (representado) una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representado. Según esto, cabe distinguir la representación en la emisión (representación activa) y en la recepción (representación pasiva) de declaraciones de voluntad”⁹

Haciendo un breve repaso histórico Ludwig ENNECERUS, refiere que el antiguo derecho alemán no conocía la representación y que asimismo el derecho romano

⁹ ENNECERUS, Ludwig. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Barcelona 1944-A. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo I. 2 volumen. p. 231-232.

sólo la reconocía con carácter general en cuanto a la posesión, los negocios reales y respecto a la adición de la herencia, pero la excluía en cuanto a los negocios obligatorios, substituyéndola sólo de un modo incompleto por la responsabilidad del representado como accesoria a la del representante, la admisibilidad de la representación ha sido reconocida como principio en Alemania desde el siglo XVII. El autor, diferencia dos tipos de representación con poder de representación y mediata.

Sostiene que la llamada representación mediata, consiste en que al actuar en interés y por cuenta de otro, no se exprese que se actúa en su nombre, y que esto podría convenir a todos los interesados; siendo que el comitente se oculta completamente. Se trata pues, de la antigua forma histórica de la representación. Los elementos característicos de la representación indirecta son:

“III (...) La representación indirecta, exige por regla general, que los derechos reales (...), se confieran inmediatamente al comitente, siempre y cuando sea posible conforme al ordenamiento jurídico (...).

1. En caso de mandato de venta, el representante no se hace propietario del objeto entregado, sino que la enajenación a hace más bien con consentimiento del titular (...).

2. Los créditos adquiridos sólo se transfieren al comitente cuando le son cedidos (...)

3. El representante indirecto adquiere la propiedad en virtud de los negocios de adquisición, de cosas, siendo menester que se transmitan especialmente al comitente. Pero si el representante y representado están de acuerdo en que la posesión (mediata) y la propiedad se adquieran para el representado por *constitutum possessorium*, o sea, no por la tradición al representante, sino por otra transmisión, consumada simultáneamente con aquella, del representante al representado. En la comisión de compra de valores la propiedad se transfiere al comitente lo más tarde en el momento del envío de la póliza”¹⁰

Por otro lado, ENNECERUS, explica respecto a la representación con poder de representación, caracterizándose por que:

“I. Concluido un negocio jurídico por un representante con poder en nombre del representado el efecto jurídico en su totalidad afecta directa y exclusivamente a este último (...). Lo mismo sucede cuando se hace frente al representado una declaración recepticia (...). Se exceptúan (...) los negocio respecto a los cuales se excluye la representación. En este caso el negocio es nulo.”¹¹

¹⁰ ENNECERUS, Ludwig. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Barcelona 1944-A. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo I. 2 volumen. p. 241-242.

¹¹ ENNECERUS, Ludwig. Ob. Cit. p. 252.

Respecto del Mandato, ENNECERUS establece cinco elementos característicos, en base a la normatividad del BGB alemán, que consagra normas innovadoras, a saber:

“MANDATO

157 Concepto y Conclusión.

I Mandato (contrato de mandato propiamente tal) es el contrato por el cual una de las partes (el mandatario) se obliga hacia la otra (el mandante) a la gestión gratuita de negocios que se le encargan.

1. El mandato es un contrato, pero no bilateral, pues las obligaciones que muy frecuentemente surgen a cargo del mandante (por ejemplo, de abonar los gastos de resarcir un daño producido por culpa del mismo) no constituye una remuneración o contrapartida de las obligaciones asumidas por el mandatario.

2. Por la gratuidad el mandato se distingue del contrato de servicios y del contrato de obra. No obstante el mandato no implica donación ya que la gestión de los negocios no se asume como obligación que disminuya el patrimonio.

3. Pueden ser objeto del mandato cualquiera negocios de naturaleza de hecho o de derecho (siempre que no choquen contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres) por ejemplo, dibujar un plano, vigilar a los obreros; concluir un negocio jurídico (...); así pues, todos los asuntos que puedan ser objeto de contrato de servicios o de obra.

4. El mandato puede referirse a asuntos del mandante o de un tercero (por ejemplo, el mandato de crédito), e incluso cabe afecten a la vez al propio mandatario.

5. Muchas de las disposiciones sobre el mandato se aplican por analogía a otras relaciones jurídicas, por ejemplo a la gestión de los negocios por la dirección de una asociación o fundación (...) y al, albaceas o ejecutor testamentario (...).

II. El mandato no está sujeto a forma, pudiendo conferirse también tácitamente. El Código civil no establece presunciones de mandatos tácitos.”¹²

Una nota característica relevante del Mandato Alemán, es la gratuidad, ello es así, al punto que HEDEMANN, comentando el Código Civil Alemán, señala:

"El mandato del B.G.B. ('mandatum') no es un contrato de trabajo en sentido económico, ya que en él falta uno de los dos elementos fundamentales: el salario. Es decir, el mandato regulado en el B.G. B. es. conceptualmente, gratuito. Por lo demás coincide con el contrato de obra o con el de servicios. Todo lo que puede ser objeto de estos dos contratos, tanto servicios permanentes y duraderos como la realización de una obra determinada, y, de otro lado, servicios de elevada categoría o la mas simple asistencia pueden también constituir el contenido de un mandato, con tal de que esté ausente la retribución y en lugar de ella sea la simple complacencia, la esperanza de obtener servicios recíprocos o motivos análogos los que impulsen la actuación del que presta ayuda".¹³

Por otro lado, el jurista alemán Josef HUPKA, que dedica su libro exclusivamente a la representación voluntaria, en un pronunciamiento doctrinario muy repetidamente citado, señala en cuanto a la relación de la representación con el mandato:

¹² ENNECERUS, Ludwig. "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones". Barcelona 1944-B. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo II. 2 volumen. pp. 320-321.

¹³ HEDEMANN, J.W. "Derecho de Obligaciones". Madrid 1958. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen III. p. 427.

"La representación aparece únicamente -dice HUPKA como la faz externa de la relación jurídica mediante la cual surge ella 'in concreto'. Se eligió, de las diversas relaciones que le podían dar motivo a la representación, al mandato, encerrando de este modo a la representación voluntaria en el molde jurídico de la relación del mandato 'Obligatio mandati' y representación venían a ser elementos indispensables de toda relación de mandato, aquella como la cara interna y la otra como la cara externa de dicha relación"¹⁴

11.4.5.- ARGENTINA

LEGISLACION

El Código Civil Argentino de 1869, prescribe:

"Artículo 1869º.- El mandato, como contrato tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza".

DOCTRINA ARGENTINA:

Ernesto A. SANCHEZ URITE, el jurista que mas extensamente a tratado el tema del mandato y poder en la Argentina, explica lo que debería entender estas figuras jurídicas en la legislación, respecto al mandato menciona que:

"El mandato es un contrato (Artículo 1869.C.c), tiene su origen en un acuerdo de voluntades (Artículo 1137), en el acuerdo formado por dos partes: el mandatario adquiere y contrae obligaciones él mismo (Artículo 1951 CC), y el mandante debe liberarle de las mismas frente a los terceros con quienes contrató para él. El mandato es un contrato (Artículo 1869.C.c), tiene su origen en un acuerdo de voluntades (Artículo 1137), en el acuerdo formado por dos partes: el mandatario adquiere y contrae obligaciones él mismo (Artículo 1951 CC), y el mandante debe liberarle de las mismas frente a los terceros con quienes contrató para él. En la representación, el representante actúa dentro de los límites de su poder de representación, no contrae obligaciones para sí sino que las contrae directamente para su representado. El contrato de mandato va ordinariamente unido al poder de representación, pero tal unión como lo aclara VELEZ (...) es un rasgo característico, o sea no es esencial del mandato la función representativa."¹⁵

Asimismo Ernesto A. SANCHEZ URITE, distinguiendo el mandato de la representación, sostiene que:

"C) Con la Representación.

400. (...) el mandato desde el punto de vista de su naturaleza jurídica es un acto jurídico bilateral, un contrato, (...) ya en forma expresa ya tácita (Artículo 1873). La representación puede surgir de un contrato, ejemplo sociedad, pero en la mayoría de los casos surgirá del poder, que es un acto jurídico unilateral, y para configurarse, por lo tanto, no necesita del acuerdo; hay caso en que se otorga el

¹⁴ HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. p. 17.

¹⁵ SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p. 184.

poder sin conocer a la persona a quien se confiere, sin que por ello deje de tener validez la voluntad unilateral recepticia que el citado poder implica.

401. En el contrato de mandato el mandatario adquiere y contrae personalmente todas las obligaciones resultantes de los actos que realiza para su mandante, los que luego, por un acto posterior, pasan a la esfera patrimonial de éste; pero la manifestación del mandatario no obliga al mandante ante los terceros; en cambio en la representación, la manifestación del apoderado obliga al poderdante frente a terceros en forma directa e inmediata, como si él mismo hubiera realizado el acto”¹⁶ (p. 296)

Además el mismo jurista argentino citado, hace algunas precisiones más profundas que diferencian al mandato de la representación, cuando expresa lo siguiente:

“402. En el contrato de mandato, pese al texto del artículo 1897, no puede ser aceptado que el mismo pueda ser celebrado entre personas que no tengan la capacidad necesaria para contratar, o sea que no basta para celebrar el contrato de mandato el tener una capacidad limitada, por ejemplo capacidad volitiva; para celebrar el mandato se debe tener capacidad para contratar (capacidad de obrar). En la representación, en cambio, basta con tener la capacidad volitiva en el momento en que se va a llevar a cabo el negocio representativo. De modo, que lo que se puede conferir a un incapaz, es el poder, ya que no puede celebrar mandato. Lo expuesto surge de la misma redacción del artículo 1897 (...) La capacidad para contratar es distinta a la capacidad general de que nos habla el Código civil en el artículo 899; allí estamos frente a una persona que adquiere derechos y contrae obligaciones (...) la capacidad para celebrar el contrato de mandato la establece el artículo 1896”¹⁷.

Teniendo en cuenta que la Argentina, es uno de los países con mayor nivel de cultura jurídica de la región, es sorprendente constatar en el escrito de Sanchez Urite, que inclusive en tiempos que escribe su libro, lo siguiente:

“Jurisprudencia acerca del mandato y la representación.

403. Ya hemos visto que aun en la doctrina se resiste mucho la idea de separar el mandato y la representación, en la jurisprudencia no se ha llegado a delinear el dominio de cada una de estas figuras, antes bien, se las ha confundido a menudo, incluso en fallos recientes.”¹⁸

Por otro lado, el jurista Jorge MOSSET ITURRASPE, respecto al objeto del mandato, refiere que si bien el código alude al objeto del mandato con los vocablos "acto", "negocio" o "contrato", también es cierto que en el artículo 1881 alude al "matrimonio" y al "reconocimiento"; y que:

“La gran mayoría de las hipótesis previstas son de actos jurídicos patrimoniales. Ambos, en consecuencia, los patrimoniales y los actos jurídicos familiares pueden cumplirse por encargado”.¹⁹

¹⁶ SANCHEZ URITE, Ernesto A. Ob. Cit. P. 296.

¹⁷ SANCHEZ URITE, Ernesto A. Ob. Cit. p. 297.

¹⁸ SANCHEZ URITE, Ernesto A. Ob. Cit. p. 297.

¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Mandatos". Buenos Aires 1979. Editorial Ediar. Pp. 91-92.

11.4.6.- BRASIL

LEGISLACION

El Código Civil Brasileño de 1916:

El Código Civil brasileño establece que:

“Artículo 1.288. Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses.

A procuração é o instrumento do mandato”.

("Opera el mandato, cuando alguien recibe de otro poderes para que, en su nombre, practique actos o administre intereses. La procuración es el instrumento del mandato" (artículo 1288).

“Artículo 1.298. O maior de 16 (dezesesseis) e menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado (...), pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

“Artículo 1.299. A mulher casada não pode aceitar mandato sem autorização do marido. Una regla semejante a la del artículo 1288 del Código del Brasil, contiene el Proyecto de Código Civil de ese país de 1975 (artículo 662); lo que resulta inexplicable si se tiene en cuenta que la distinción entre el mandato y la representación no es precisamente una conquista reciente de la doctrina”.

El Código Civil Brasileño de 2002 (LEI No 10.406, de 10 de JANEIRO de 2002):

LIVRO III: Dos Fatos Jurídicos

CAPÍTULO II: Da Representação (Artículo 115-120)

“Artículo 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado”.

“Artículo 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”.

“Artículo 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos”.

“Artículo 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem”.

Respecto al mandato, reproducimos los artículos que consideramos más importantes, respecto al concepto del mandato, las causales de extinción del mismo, y lo relativo a las cláusulas de irrevocabilidad, y sus efectos jurídicos:

“Artículo 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

“Artículo 663. Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante”.

“Artículo 682. Cessa o mandato:

I - pela revogação ou pela renúncia;

II - pela morte ou interdição de uma das partes;

III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer;

IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio”.

“Artículo 683. Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos”.

“Artículo 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.

“Artículo 685. Conferido o mandato com a cláusula "em causa própria", a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais”.

“Artículo 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.

Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado”.

DOCTRINA BRASILEIRA:

En relación al Código Civil Brasileño de 1916, uno de los jurista brasileños de mayor difusión, Clovis BEVILAQUA, estima que el mandato se otorga cuando alguien nombra a otro su representante, confiriéndole los facultades para que realice un acto o actos jurídicos, teniendo ese representante que actuar en nombre y según la voluntad del representado, asimismo siguiendo la línea de la corriente francesa, señala que:

"Lo que caracteriza al mandato, lo que lo diferencia de cualquier otro contrato, es la representación. En virtud de ella, el mandatario representa y hace las veces del mandante en ninguna otra redacción jurídica, nacida de un contrato, se da esta sustitución de personas, de modo que una aparece como una prolongación, una extensión de otra"²⁰.

Por otro lado respecto al Código Civil Brasileño de 2002, que fue obra de Miguel Reale, él en su artículo publicado en internet, “La Constitución y el Código Civil”, dice:

“En primer lugar, a diferencia de los alemanes llamados abogados *pandect*, que quería resolver todos los problemas jurídicos que sólo a través de categorías legales - como lo

²⁰ BEVILAQUA, Clovis. “Direito das obrigacoes”. Rio de Janeiro 1931. Tercera Edicao, Livraria Editora Freitas Bastos. p.. 271.

es con el Código Civil alemán de 1900, el Código Civil - los redactores de la nueva ley brasileña Civil optó por la comprensión de derechos atendiendo a los principios jurídicos y metajurídicos, como la ética y la sociabilidad.

Por lo tanto el resultado de una nueva comprensión de lo que está "*sujeto a la ley*", ya no se concibe como un individuo "*en abstracto*", en una igualdad formal, sino porque de hecho la persona situada en las complejas circunstancias de sus principios éticos y socio-económicos".

(<http://www.miguelreale.com.br/>)

11.5.- APRECIACIÓN PERSONAL

Con excepción del Derecho Francés (legislación y doctrina), en la Familia Jurídica Romano – Germánico, se establece diferenciación entre mandato, representación y poder: Descartan a la representación como nota característica del mandato. La doctrina y legislación mayoritaria establece como objeto del mandato al acto jurídico, por lo tanto en la actualidad ese es la nota característica del mandato. El Código Civil Portugués de 1966, es una de las legislaciones que expresamente establece, al acto jurídico como objeto del mandato, al efecto prescribe:

"Artículo 1157º.- El mandato es un contrato por el cual una de las partes se obliga a practicar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante".

En efecto, no obstante que la postura no goza de unanimidad, modernamente se encuentra establecido que el objeto del mandato es únicamente la celebración de actos jurídicos,. Ello sin embargo, históricamente no siempre fue así, en el Derecho Romano el mandato podía tener por objeto cualquier clase de actos materiales o jurídicos. Sólo algunas pocas legislaciones continúan con este rezago del Derecho Romano y permiten que el objeto del mandato pueda ser el de realizar tanto actos jurídicos como materiales.

Las legislaciones modernas que precisan que el objeto del mandato sólo puede ser el de celebrar actos jurídicos, entre otras son el Código Civil Italiano de 1942, Portugués de 1966, el Peruano de 1984.

Si bien es cierto que algunas legislaciones no contienen la denominación expresa de "actos Jurídicos", también es cierto que en la actualidad la doctrina mayoritaria, considera que sólo los actos jurídicos pueden ser objeto del mandato. Esta postura

permite diferenciar el contrato de mandato, del contrato de locación de servicios, a partir del objeto del contrato.

El mandato es un contrato, mientras que el apoderamiento (negocio jurídico de concesión u otorgamiento del poder de representación), es un negocio unilateral, constituido por la declaración de voluntad del poderdante. No impide la posibilidad que ambas figuras vayan juntas; en la praxis con mucha frecuencia así ocurre. En muchos casos, es aconsejable que el mandante otorgue a su mandatario poder de representación, a fin de que este realice los actos encomendados en nombre de su mandante, y en otros casos no es aconsejable, y eso ocurre sobretodo en casos cuando el mandante tiene elevado poder de adquisición, y en estos casos el mandatario no podrá actuar en nombre del mandante sino únicamente en el nombre propio.

Del contenido de las normas dadas por los distintos Códigos Civiles señalados, observamos que la caracterización del contrato de mandato ha variado con el transcurso del tiempo.

En el Derecho Romano, como se ha expuesto en la parte relativa a los aspectos históricos, el contrato de mandato se caracterizaba por su gratuidad. Posteriormente, al desaparecer la gratuidad como característica esencial del contrato de mandato, dicho lugar preeminente pasó a ser ocupado por la representación. Hay rezagos en algunas legislaciones (Código Civil francés, y argentino), donde el mandato se encuentra regulado como un acto esencialmente representativo, tanto así que no se concebía el mandato sin representación. Con los aportes de la doctrina alemana del siglo XIX (Savigny, Ihering, y Laband), la Doctrina diferencia claramente las Instituciones del poder, la representación, y del mandato.

A partir de 1942, y con la dación del Código Civil Italiano, la mayoría de los Códigos Civiles posteriores se adscriben a la doctrina de asumir como característica esencial del contrato de mandato al acto jurídico.

Históricamente, el contrato de mandato ha tenido como característica la gratuidad, en el derecho roma incluso dicha característica servía para diferenciar de otras figuras, como la locación de servicios. El Código Civil Italiano de 1942, en las legislaciones de la familia romano – germánico, por primera vez establecen la onerosidad del mandato, más a tono con una economía de mercado, donde las

relaciones se establecen por reglas de mercado, y son de contenido patrimonial. De los Códigos civiles influyentes, sólo el BGB (Código Civil Alemán), consagra el mandato como un contrato esencialmente gratuito sin admitir pacto en contrario, no obstante permite la posibilidad que el mandato pueda ser remunerado si así se acuerda.

Los Códigos civiles, establecen en calidad de presunción la onerosidad del mandato, tiene un fundamento práctico, y es que el mandato es un contrato fundamentalmente celebrado en interés del mandante. El mandatario presta generalmente un servicio al mandante al ejecutar el mandato; el mandato se celebra en beneficio del mandante, por dicha prestación debe corresponder una contraprestación remunerada. Asumir que el objeto del mandato es la celebración de actos jurídicos, y no actos materiales, no implica negar que en este contrato la relación se basa en prestación y contraprestación de servicios, y por lo tanto acto sujeto a retribución.

Consecuencia de la obligación del mandante de responder remunerativamente al mandatario, no es sustentable considerar al mandato como contrato unilateral, con obligaciones sólo a cargo del mandatario. El contrato de mandato debe ser considerado como un contrato bilateral, que genera relaciones obligatorias, a cargo de las partes contratantes, el mandatario debe cumplir la obligación asumida con la prestación comprometida, y el mandante la contraprestación abonando la remuneración al mandatario. No siendo, fundamento de la bilateralidad del mandato, las obligaciones secundarias del mandante (reembolso de gastos, indemnizaciones de pérdidas), toda vez que estas no se generan al momento de celebrar el contrato sino se generan recién cuando se produce la hipótesis correspondiente.

CAPÍTULO XII

MANDATO Y PODER EN JURISPRUDENCIA NACIONAL.

12.1. LA JURISPRUDENCIA.-

Es el fallo de la justicia que constituye antecedente, de fallos futuros en casos análogos. Se trata de las resoluciones del organismo jurisdiccional de mayor rango. En el caso del Poder Judicial peruano estamos hablando de las resoluciones de la Corte Suprema, lo que interesa en la jurisprudencia son los fundamentos y los fallos, el contenido jurídico de la resolución. Es claro que a la fecha la Corte Suprema ha convocado a dos Plenos Casatorios (Código Procesal Civil, Artículo 400º). Pese a que el supuesto normativo para ello se ha presentado innumerables veces, en la medida que se conoce que las Salas han interpretado o aplicado una determinada norma en sentido distinto una de otra. Uno de los Plenos Casatorios Civiles ha sido publicado, respecto al tema de la Transacción Extrajudicial; siendo el otro pleno respecto al tema de la Prescripción Adquisitiva de Dominio, a la fecha no publicado.

Los Plenos Jurisdiccionales cumplen función uniformadora. Sus objetivos son: 1) Reducir el margen de inseguridad jurídica. 2) Mejorar calidad de las resoluciones. 3) Evitar fallos contradictorios. Sin embargo, debe ordenarse el marco legal que regula la fuerza vinculante de la Jurisprudencia: Pleno Casatorio del Artículo 400 del C.P.C.; Artículo 22 de la L.O.P.J.; y Artículo 116 de la L.O.P.J. Además es importante recordar que a la fecha se han realizado Plenos Jurisdiccionales (de Vocales Superiores), en muchos departamentos del país. Sin embargo, no se cuenta con una publicación de las conclusiones sobre los temas tratados, es demostración de la indiferencia que le otorga a la Jurisprudencia.

12.2. REFERENCIA HISTORICA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL PERUANO.-

Los libertadores, sensibles a su tiempo, como en el resto de países de América, luego del proceso independentista buscaron aplicar el paradigma moderno de Estado y Derecho. Estado con tres poderes; acorazando la figura del Juez, por el Principio de Independencia. Concibiendo el Derecho Moderno en base a Códigos. ¿Cómo lo hicieron? Lo realizaron de la manera más seria, técnica y profesional posible, a través del hombre más capaz de aquellos tiempos, conforme a las exigencias de la sagrada misión.

¿Quién fue el encargado de ejecutar la formación, creación, del Poder Judicial del Estado Peruano Independiente?. Fue nada menos que Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, primer Presidente republicano de la Corte Suprema, personaje quien antes había sido Oidor del sistema de justicia español en la Audiencia del Cuzco, y además autor del Libro “El Plan del Perú”, texto compuesto por 16 capítulos y dividido en tres ejes temáticos, el primero referido a la problemática de las autoridades e instituciones políticas coloniales; el otro referido a problemas religiosos, y el último ligado a las crisis económicas que produjeron las reformas borbónicas, incluido aquí un capítulo referido a la esclavitud; escrito en 1810 y publicado en 1823 en Filadelfia. El crítico del sistema colonial Vidaurre y Encalada, jurista de nota que años antes había sido condenado por la Inquisición en 1806 por su espíritu vehemente y contestatario, tendrá a su cargo la organización judicial del nuevo Estado. Ejerciendo además la Presidencia de la Corte Suprema en períodos intermitentes. Meses después de instalar la Corte Suprema, en junio de 1825, Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, fue designado Plenipotenciario del Perú ante el Congreso de Panamá, debiendo abandonar dicho cargo. Luego retomaría su cargo de Vocal de la Corte Suprema en 1830 hasta 1832. En 1834 volvió a ejercer la Presidencia, por última vez. Carlos Ramos Nuñez, opina de Vidaurre

“En el plano de la producción jurídica, estamos virtualmente ante el primer codificador americano que decide apartarse del modelo legislativo napoleónico. ... Ciertamente sin el mismo criterio sistemático, sin la misma racionalidad legislativa de sus pares latinoamericanos, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield, pero si con el mismo entusiasmo por la codificación y con una rica cultura humanística que no sufre con la comparación”¹

¹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX”. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre”. Lima 2000. Fondo Editorial PUC. p. 163.

Es común creer que las instituciones liberales eran desconocidas en nuestra América, sin embargo su repetida invocación y el uso de sus instituciones en los primeros años de los Estados Sur Americanos Independientes, demuestran lo contrario. El Primer entusiasmo democrático se pierde, el Nuevo Estado carente de protagonistas colectivos, y de una sociedad civil. Como compensación surge el Caudillismo militar, su actitud empata con el romanticismo patriotero. El caudillismo militar no es en el naciente Estado Peruano una representación política arbitraria que produce la gesta de la independencia, es una Estructura Política Funcional. Es la presencia Estatal en la sociedad, basado en el poder institucionalizado, desarrollado por el heroísmo de los generales de la independencia. El Estado Colonial Español Borbónico no fue cambiado por un Estado Moderno.

San Martín, en el Estatuto Provisorio de 1821, expresa: “Administraré el poder directivo del Estado, cuyas atribuciones sin ser las mismas, son análogas a las del Poder Legislativo y Ejecutivo. Pero me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguarda de la libertad del pueblo”

Bolívar, en el preámbulo de la Constitución Vitalicia de 1826, dice: “El Poder Judicial contiene la medida del bien o del mal de los ciudadanos y si hay justicia en la República, es distribuida por este Poder”.

Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, representa legítimamente el paradigma del Juez en el Perú, propuso el primer Código Civil peruano, además de otros Códigos importantes para la vida de la República. La Historia, ha sido mezquina con las calidades intelectuales de quienes debían sentar la Jurisprudencia en el Perú, es de gran importancia resaltar la figura heroica del Primer Magistrado de nuestro Estado Independiente.

El origen constitucional de la casación en el Perú, es tardío, lo encontramos recién en el artículo 241º de la Constitución Política de 1979, que preceptuaba lo siguiente: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”. La vigente *Constitución de 1993* en su artículo 141º estatuye como principio que “corresponde a la Corte Suprema fallar en casación (...)”; por otro lado consagra en el numeral 3 del artículo 139º el derecho a la tutela judicial efectiva.

A comienzos del 1992 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Esta norma de organización judicial estableció la competencia de las Salas de la Corte Suprema para conocer los procesos en casación.

En materia civil, esta figura jurídica se conoce desde el Código de Enjuiciamiento de 1852 que lo denomina recurso extraordinario de nulidad y que lo reguló atendiendo los rasgos más esenciales que la tipifican, estableciendo que su procedencia responde a causales que deberán ser sustentadas de manera clara y precisa, además señala que la parte impugnante precisará la naturaleza del vicio o error cometido; lo singular es que concedió a la Corte Suprema la facultad de resolver el fondo en los casos de error material. Además, esta norma nacional eliminó el reenvío en los casos que la sentencia impugnada afectara la ley material, lo que constituyó una impecable aplicación del principio de economía procesal.

En cuanto al recurso de casación civil en su concepción actual, se implantó en el Perú con la dación del Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993, aún cuando la Constitución actual adquirió vigencia desde diciembre de 1993, es decir, con posterioridad a la vigencia del Código de Procesal Civil, la situamos como antecedente de éste, en tanto sólo constituye la ratificación de lo que sobre la materia había prescrito la Constitución derogada.

Para el doctor Carrión Lugo, el sistema casatorio implantado por nuestro ordenamiento jurídico es netamente jurisdiccional. El medio impugnativo se estableció rigurosamente sujeto al control de la legalidad de las resoluciones cuestionables en casación, es decir, con el propósito de vigilar la correcta aplicación de la norma de derecho material de la doctrina jurisprudencial, y de la norma de derecho procesal. El recurso se consagró sólo para cumplir su finalidad nomofiláctica, orientado por la corriente doctrinaria ortodoxa o pura en materia de casación.

La aplicación en los primeros años fue excesivamente rigurosa, no sólo en el control del cumplimiento ineludible de los requisitos de admisibilidad, sino también del cumplimiento de los requisitos de procedencia, que tienen que ver con la invocación de las causales del recurso, que en la Ley Procesal de Trabajo se encontraban precisados taxativamente con indicación incluso de la forma como deben fundamentarse.

El riguroso control se basaba en la aplicación del texto expreso en la ley, tanto de la procesal como de la matriz; tal es así que la interpretación literal de la norma se constituía en la mejor herramienta para resolver el recurso. Es que al haber desaparecido el recurso de nulidad, previsto por el derogado Código de

Procedimientos Civiles, en la Salas de Casación en lo Civil, se produjeron verdaderas avalanchas de recursos de casación, muchos de ellos deficientemente propuestos, por lo que los jueces en casación se dispusieron a ser rigurosos en su calificación como una manera también de enfrentar la excesiva carga procesal. Concientes de esta realidad, el Legislador enfrenta el problema por Ley N° 29364, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 2009, reformulado el recurso de casación, a través de la modificación de los artículos 384º, 386º, 387º, 388º, 391, 392º, 393º, 394º, 396º, 400º, 401º, 403º y 511º del Código Procesal Civil, y la incorporación del artículo 392º-A en dicho cuerpo normativo; en la exposición de motivos del proyecto de Ley que sustentará la norma, se habría pretendido restringir el uso de la Casación como un medio impugnatorio ordinario, para evitar uso dilatorio de procesos, forzando a la Corte Suprema actuar como un órgano de revisión, o una tercera instancia, cuando la finalidad es de naturaleza excepcional.

12.3. LA CASACION.-

12.3.1. CONCEPTO.-

La noción etimológica de la palabra “casación” la encontramos en el verbo latino **cassare** que significa “quebrar”, “anular”, “destruir”, y en sentido figurado equivale a derogar, abrogar, deshacer. En sentido restringido, y de acuerdo a los usos forenses “casar” significa “anular”, invalidar dejar sin efecto. La jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, se llama Jurisprudencia Casatoria.

CARRIÓN LUGO dice:

“El recurso de Casación es de carácter extraordinario, en el sentido que propicia el juzgamiento de las resoluciones que emiten las salas civiles superiores para verificar si en ellas se han aplicado correctamente o no las normas positivas en materia civil y, en su caso, hacer las correcciones pertinentes. El recurso es formal, en cuanto a que para su planteamiento el código establece con detalle no sólo los requisitos de admisibilidad o de procedencia, señalando las causales que puedan invocarse por el proponente, sino también señala la forma cómo en cada caso debe fundamentarse el recurso, de modo que el debate central en casación se circunscribe alrededor de la causal por la cual la sala de casación ha declarado su procedencia y la decisión correspondiente no puede apartarse de ese parámetro.”²

ARIANO; señala que:

“El recurso de casación vino a sustituir a nuestro casi secular recurso de nulidad, que era hasta antes de 1993 el medio para llegar al órgano cúspide de nuestro sistema judicial: la Corte Suprema de Justicia (...) que lo fue para lograr la nomofilaquia y la unificación de la jurisprudencia nacional”³

² CARRIÓN LUGO, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Vol. II, Editorial Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2000-B, pp. 196 y 197.

³ ARIANO DEHO, Eugenia. “Problemas del Proceso Civil”. Jurista Editores, Lima 2003, p. 250.

MONROY GÁLVEZ señala que:

“En el Perú es una institución novedosa y casi inédita. Es un recurso, por lo tanto participa de todos los elementos comunes a éste, sin embargo el recurso de casación perfila sus rasgos propios a partir de sus fines, que son totalmente distintos a cualquier otro recurso que se conozca”⁴

12.3.2. CARACTERÍSTICAS.-

Son las siguientes:

- a) Público**, toda vez que los pronunciamientos emitidos por las salas no interesan sólo a las partes involucradas directamente, sino también a la sociedad.
- b) Extraordinario**, por ser excepcional, se interpone en causales expresamente señaladas en la ley, (numerus clausus). Procede contra las sentencias de mérito y, excepcionalmente, contra los autos que en revisión ponen fin al proceso expedidas por las Cortes Superiores.
- c) Evaluado en el Órgano Resolutorio de Mayor Jerarquía**, por su función unificadora este medio impugnatorio obliga a que sea encargado a la más alta jerarquía jurisdiccional, en el caso peruano en la Corte Suprema de Justicia.
- d) Formalista**, su admisión y procedencia se encuentran subordinado a la observancia de determinados requisitos, los cuales son más estrictos que en los otros recursos.
- e) Se Concede con Efecto Suspensivo**; una vez admitido el recurso se suspende la eficacia de la resolución impugnada hasta que el órgano de casación se pronuncie sobre el mismo. Hogaño existe la tendencia de la legislación comparada de no darle este efecto al recurso.
- f) Versa sobre aspectos jurídicos y no sobre aspectos fácticos**, en la práctica es difícil establecer cómo fueron vistos ambos aspectos, lo importante es que el tribunal de casación no modifica las conclusiones que de los hechos ha establecido el juez de las instancias inferiores.
- g) No actúa como Tercera Instancia**, porque el magistrado solamente puede efectuar el análisis de las causales que el recurrente expresamente menciona en su recurso, y siempre que estas causales sean formulados con observancia de los requisitos exigidos por ley.

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan F. “La Formación del Proceso Civil Peruano”. Editorial Palestra, 2da. Edición, Lima 2004. p. 251.

12.3.3. FINALIDAD DE LA CASACION.

Para entender la estructura y la importancia del recurso de casación es necesario estudiar sus fines, sin embargo los autores al abordar sobre la finalidad, lo consideran también como funciones.

En el artículo 384° del Código Procesal Civil, derogado señalaba como fines esenciales de la casación los siguientes:

- 1) La correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo.
- 2) La unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.
- 3) En los casos previstos en la Ley General de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (Segunda disposición modificatoria de la nueva Ley de arbitraje, de junio del 2008).

Así, la norma derogada consagraba las funciones tradicionales de la casación (que la doctrina conoce como funciones nomofiláctica, contralora y uniformadora, de la jurisprudencia), con la modificación, el artículo 384° vigente, establece como fines de la casación:

- 1) La adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, y
- 2) La uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

La norma vigente introduce una modificación sustancial a la Casación, toda vez que al referirse a la **adecuada aplicación** del derecho objetivo **al caso concreto**, se consagra la función dikelógica (búsqueda de justicia en el caso concreto), un objetivo jurisdiccional.

La doctrina establece las siguientes finalidades de la casación:

a) Función Nomofiláctica. El significado etimológico proviene de dos palabras griegas, *nomos* y *phylasseo*. La primera significa ley y la segunda guardar o cuidar. Dado que la función del Estado es cuidar la vigencia del ordenamiento legal, concede a una de sus expresiones más auténticas, el Poder Judicial, la función de cuidar la ley, entendiéndola en su sentido general. Sin embargo, dado que el juez es la persona u órgano que instrumenta el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, es indispensable que el Estado cuente con un medio de asegurar que los jueces cumplan con su función, es decir, que apliquen correctamente la ley. No cabría la interposición

del recurso de casación basado en la infracción de normas de derecho adjetivo o procesal; aunque la Corte Suprema en contadas excepciones se ha venido pronunciando sobre el fondo sustentando su resolución en la infracción al debido proceso.

b) Función Uniformadora. Esta finalidad se encuentra orientada a conformar unidad jurídica, y a garantizar el principio de igualdad ante la ley; es decir, que se tienda a una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional, toda vez que siendo las leyes abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. La casación, tiene como finalidad principal unificar la jurisprudencia nacional.

c) Función dikelógica. Al analizar el modelo casatorio español, distinto al modelo francés, advertimos que, las finalidades nomofiláctica y dikelógica del instituto no son incompatibles. En este sentido afirmamos que si la casación procura el cumplimiento del ordenamiento jurídico, significa también analizar la motivación de la sentencia, y con ello corregir los errores incurridos, procurando un juicio justo. Para HITTERS, la función dikelógica apunta a la “justicia del caso”⁵, se pregunta si ¿Las tareas de control del derecho objetivo y de unificación, son las que justifican su existencia?. Afirma que es necesario la finalidad trifásica de la casación, donde se busca el control nomofiláctico, la uniformadora de la jurisprudencia, y la justicia del caso: “función dikelógica”, teniendo en cuenta que el organismo que la resuelve pertenece al poder judicial, y cumple funciones jurisdiccionales.

d) Función Pedagógica. Está directamente relacionada con las publicaciones efectuadas de las resoluciones casatorias en el diario oficial nacional y está dirigida a los potenciales usuarios del servicio judicial, pues ellos a partir del conocimiento de las resoluciones podrán apreciar cuál es el sentido y/o la forma en que debe interpretarse o aplicarse determinada norma jurídica, y, consecuentemente, sabrán en qué casos corresponden o no recurrir al Poder Judicial.

e) Función Contralora, o del Control de Logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales. El Juez debe y tiene la obligación de motivar y verificar la coherencia interna de sus fallos; la falta o deficiente fundamentación jurídica (carencia, deficiencia, insuficiencia, contradicción interna o apariencia de motivación) puede ocasionar incongruencias entre la parte considerativa y resolutive de las resoluciones judiciales, produciéndose errores en el razonamiento judicial lo que en la doctrina se conocen como errores ius cogitando. La motivación de las resoluciones judiciales, con

⁵ HITTERS, Juan Carlos. “La Casación Civil en El Perú”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Volumen II, Industrial Gráfica, p. 438.

mención expresa de los fundamentos de hecho y derecho, constituyen garantía de la administración de justicia y a la vez un requisito esencial e ineludible de la presencia y observancia del debido proceso.

12.4. LA CASACIÓN EN EL PERÚ ACTUAL.-

Uno de los elementos centrales para una Administración de Justicia de calidad, es tener una Corte Suprema acorde con las exigencias del tiempo, en el Perú, la casación está confiada a la Corte Suprema, y como veremos, no es nada auspicioso el desenvolvimiento de la misma, se verifican problemas, pasamos a señalar los principales problemas:

a) Desfase de la Casación Ortodoxa

La casación tiene su origen en Francia en el S. XVIII, en la cual un órgano político controlaba la labor de los jueces en la aplicación de la ley por cuanto respondía en esencia a la teoría predominante en esa época, la Teoría del Estado de Derecho, en la cual “el juez era la boca de la ley”, no se permitía que el juez pueda interpretar o aplicar el derecho fuera del esquema o parámetros de la ley. Actualmente la teoría predominante es el Estado Constitucional, los hechos jurídicos, no se interpretan o se limitan solo en la ley, sino se va más allá, a la Constitución. Entonces, en el Perú, dejar que nuestra Corte Suprema controle a los jueces para que apliquen debidamente la ley, es en sí un control insuficiente; la institución procesal entendida como tal, está desfasada en el tiempo.

La Casación es un recurso extraordinario donde no se evalúa los hechos, versando su estudio sobre el derecho lesionado, no respecto a los hechos alegados en la demanda, ni a las pruebas aportadas, porque se supone que fueron revisadas en las instancias precedentes. La *quastio iuris* (cuestión de derecho) no es posible desligarla del *quastio factis* (cuestión de hecho), es decir, lo jurídico no puede desligarse de los hechos, por cuanto los hechos están relacionados con lo jurídico. El supuesto de hecho es un elemento intrínseco de la estructura de la norma jurídica. La casación no debería ser un recurso que versa solo sobre aspectos jurídicos, si no también sobre aspectos fácticos, cumpliendo así todos los fines de la casación establecidos por la doctrina, cumpliendo con las garantías de la administración de justicia, específicamente la observancia del debido proceso, y con ello estando a tono con el Estado Constitucional de Derecho.

b) En vez de definir y ubicarse en las funciones la Corte Suprema, se queda solo en los fines retóricos.

La Corte Suprema en materia de Casación civil se ha dedicado a su tarea de cumplir idealmente los fines de la casación, esto es, de una manera desordenada sin haber realizado una evaluación profunda sobre la naturaleza de la institución en si, cómo se ha estado desarrollando desde su origen y el sentido actual que ha adquirido. Se ha olvidado que su principal tarea es establecer las funciones que este órgano supremo debe tener, más cuando el fin nomofilático se ha insertado en la norma procesal civil a través de la aplicación de las causales de los recursos de casación.

c) Falta de Uniformización Jurisprudencial.

En años de vigencia de la Casación Civil en el Perú, a la fecha no existe una uniformización jurisprudencial a través de la Casación en la cual se hayan expedido por plenos casatorios conforme lo establece el Artículo 400° del Código Procesal Civil; esta situación ha creado un desconcierto, por cuanto la misma Corte Suprema no esta cumpliendo con los fines del recurso. Es decir, este órgano jurisdiccional, debe ser el primero que debe poner orden para la buena marcha de esta institución procesal, sin embargo es el primero en crear desorden, al permitir que las Salas de la Suprema expidan pronunciamientos sobre un mismo tema, resultando ser totalmente contradictorios. Por tanto, la Corte Suprema de la República debe ser protagonista y tener pronunciamiento uniforme en sus fallos.

En un Estado Constitucional, es importante la actuación de un juez, por cuanto si bien la norma es una propuesta del legislador, su contenido tiene que ser aplicado por el juzgador, cuando resuelve un caso completo. En un Estado Constitucional debe tener presente que la interpretación es fundamental, los métodos de interpretación, en general, son útiles para encontrar los argumentos, y sustentar una decisión. Todos los métodos contribuyen a resolver conflictos; nos brindan argumentos para justificar una decisión razonable, socialmente aceptable y justa. La relación *norma-caso* es fundamental, la interpretación debe relacionar estos dos aspectos, la ley y el caso concreto. La ley y la realidad. La Casación en consecuencia debe responder a un Estado Constitucional, lo que implica que el razonamiento sea prevalentemente constitucional, por lo que el intérprete constitucional debe ser convincente con su decisión; eliminándose con ello el criterio discrecional, que se movía en un plano meramente subjetivo por estar estrecha a la opinión que se formaba el intérprete; más no respondía a una práctica de razonamiento en base a principios supremos, y así ser considerada la Casación como verdadero recurso. La Corte Suprema de la República no solo debe cumplir el control nomofilático de la ley, sino también ampliarlo al control de la Constitución.

12.5. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.-

JURISPRUDENCIA 1 ARTICULO 145

Sumilla: " ... Los apoderados cuentan con facultades para interponer demandas, y contestarlas, esto no implica de ninguna manera que puedan ser emplazados con una demanda dirigida al poderdante. De acuerdo a la literalidad de las facultades especiales no es posible suponer una determinada facultad, más aún si se trata del emplazamiento de un acto que debe ser notificado de forma personalísima ... el hecho que el apoderado haya formulado una contradicción en forma extemporáneo no se puede tomar como una convalidación de la notificación de la demanda ... ".

CASO N° 2678-99 LIMA (Lima, 11 de febrero del 2000).

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; Vista la causa N° 2678-99; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Wigberto Trigos Paredes contra la resolución de vista de fojas 316, su fecha 2 de setiembre de 1999, que declara nula la sentencia consultada de fojas 300 que declara infundada la contradicción y ordena el pago de la obligación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha 18 de noviembre de 1999 ha declarado procedente el recurso por la causal del inciso 3 del artículo 386 del C.P.C., expresando que al declararse nulo el proceso desde fojas 26 por no considerarse válido el emplazamiento del demandado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen a través de su apoderado, se ha desconocido un acto de notificación válido, logrando dicha notificación la finalidad para la que estaba destinada.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, de acuerdo a los artículos 145 y 155 del Código Civil, los actos jurídicos pueden ser realizados mediante representante, siendo la facultad de representación otorgada por el interesado o conferida por ley. El otorgamiento de poder es general Comprendiendo los actos para los cuales ha sido conferido.

Segundo.- Que, del otorgamiento de poderes del demandado Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen a los señores Alberto Alfonso Borea Odria y Miguel Gonzalo Borea Odría mediante escritura pública, que obra a fojas 45 se aprecia que no existe facultad expresa y literal a favor de los apoderados para ser emplazados en representación del otorgante con la demanda, contraviniendo el principio de la literalidad del poder especial.

Tercero.- Que, los apoderados cuentan con facultades para interponer demandas y contestarlas, esto no implica de ninguna manera que puedan ser emplazados con una demanda dirigida al poderdante. De acuerdo a la literalidad de las facultades especiales no es posible suponer una determinada facultad, más aún si se trata del emplazamiento de un acto que debe ser notificado de forma personalísima.

Cuarto.- Que, el hecho que el apoderado haya formulado una contradicción en forma extemporáneo no se puede tomar como una convalidación de la notificación de la demanda, porque ésta únicamente procede en cuanto al propio obligado o si es que el apoderado hubiera tenido la facultad expresa para poder ser emplazado con una demanda en nombre de su poderdante, supuestos que no existen.

Quinto.- Que, el poder no cuenta con la facultad expresa señalada en el artículo 436 concordante con el 75, ambos del C.P.C. por lo que el hecho de la contradicción presentada por el apoderado no convalida el emplazamiento (notificación) con la

demanda al demandado, sino más bien que ese acto es nulo por haber actuado el apoderado sin la facultad debida otorgada en forma literal y expresa.

Sexto.- Que, estando a las conclusiones que preceden **declararon INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fajas 321 contra la sentencia de vista de fajas 316, su fecha 2 de setiembre de 1999; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos del recurso así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **MANDARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por don Wigberto Trigos Paredes con la sucesión de Gustavo Andrés Gorriti Butrón, y doña Dora Ellenbogen de Gorriti sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y los devolvieron.

SS. URRELLO, SÁNCHEZ PALACIOS, ROMAN, ECHEVARRIA, DEZA.

JURISPRUDENCIA 2 ARTICULO 145

CASO N° 2021-97 LIMA (Lima, 12 de octubre de mil novecientos noventa y ocho).

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: vista la causa en audiencia pública el 29 de setiembre del año en curso, con el acompañado; emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se Trata del Recurso de Casación interpuesto por El Sol Nacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra la sentencia de vista de fojas 648, su fecha 9 de julio de 1997, que revoca la sentencia apelada de fojas 500, su fecha 8 de noviembre de 1996, que declara fundada en parte la demanda y en consecuencia declara nulo el otorgamiento de garantía materia de autos, dispone la restitución de la suma de U.S.\$ 356.095,17 Y ordena el pago de una indemnización a favor de la actora, y reformándola declara infundado dichos extremos que han sido objeto de apelación; con costas y costos.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha 14 de enero de 1998 ha estimado procede el recurso por la causal relativa a la aplicación indebida de los artículo 1089 del Código Civil, 51, 52, 57, 277 Y 278 del Código de Comercio y el artículo 67 del Decreto Ley N° 7159, siendo de aplicación al presente caso los artículos 140,145,156,161,157,1058 inciso 1° y 2012 del citado Código Civil, así como el primero del Título Preliminar del mismo Código, artículo 2 y 50 del Código de Comercio, artículos 162 y 164 de la Ley General de Sociedades y el artículo 212 del Decreto Legislativo N° 637.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la prenda se constituye sobre un inmueble, mediante su entrega física o jurídica para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, tal como dispone el artículo 1055 del Código Civil.

Segundo.- Que, la prenda pueda consistir en una suma de dinero, que da lugar a la llamada prenda pecuniaria, con la cual se da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero prendado, tal como regula el artículo 1089 del citado Código material.

Tercero.- Que, el Código Sustantivo no ha establecido una forma especial o pre establecida para la constitución de la prenda ya que ostenta su carácter de accesoria y subsiste mientras la obligación principal lo haga, sin embargo la prenda requiere que conste en documento de fecha cierta, porque de éste modo produce efectos contra terceros y aún entre acreedor y deudor, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1061 del Código material.

Cuarto.- Que, sobre la base de lo probado en sede de instancia se ha estimado que la existencia de la constitución de la prenda dineraria se ha originado con las cartas de solicitud de fecha 21 de noviembre de 1989 y 6 de diciembre del mismo año las cuales la recurrente solicita al Banco emplazado otorgar a su cliente Textil San Pedro S.A. un crédito por U.S.\$ 350.000,00 para que ésta, pudiera a su vez, pagarle las obligaciones que por igual cantidad le mantenía vigente por primas de seguro, importe que se

abonarí a su favor en una cuenta a plazo fijo en moneda extranjera que se mantendría mientras la obligación de Textil San Pedro S.A. con el Banco estuviera vigente y se reducirá de acuerdo a como se amortice la obligación.

Quinto.- Que, no habiéndose previsto en la ley la formalidad *liad sonemnitatem*" (por la cual el documento se confunde con el contrato) para la celebración de la prenda, sino la formalidad *liad probatinem*" ya que el instrumento o documento que contiene la prenda es un medio destinado a establecer la existencia del contrato, pero no es condicionante de su realidad, de modo que sí se puede demostrar a través de otros medios que la prenda ha sido celebrada, esta probanza tiene validez y en suma, la relación obligacional existirá.

Sexto.- Que, siendo así, la recurrida ha aplicado correctamente los artículo 51 y 52 del Código de Comercio por cuanto considera que la prenda pueda acreditar su existencia por cualquier medio probatorio del derecho común salvo que exija formalidad especial que como se ha visto no es el caso de autos.

Sétimo.- Que, abona a lo expuesto, lo dispuesto por el artículo 67 del Decreto Ley N° 7159-Ley de Bancos- Norma bajo cuyo imperio se constituyó la prenda sub litis, cuando señala que la prenda de mercaderías, y demás cosas mueble corporales, a favor de un Banco quedará constituida con la entrega de ella, con intención de darles en garantía, acreditada por cualquiera de las pruebas legales admisibles por los contratos comerciales.

Octavo.- Que, de conformidad con el artículo 1089 del Código Civil la prenda de dinero da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero prendado, en efecto el contenido de la prenda pecuniaria tiene como particularidad única la de no requerir, para su realización, venta de la cosa, puesto que tal como dicen Ennececerus, kip y Wolff, la prenda no se realiza mediante venta y enajenación sino mediante apropiación, una vez vencida la prenda el acreedor pignoraticio está facultado para convertirse por acto unilateral de voluntad de poseedor alieno nomine (poseedor en nombre de alguien) en propietario (tratado de Derecho Civil de Editorial Bosh, pagina 68-460).

Noveno.- Que la recurrida ha estimado sobre la valoración de la prueba que el Banco emplazado hizo ejercicio del derecho referido previsto en la norma antes acotada por lo que concluye que no se aprecia un error de subsunción de la norma citada ya que la hipótesis contenida en ella se adecua la conclusión fáctica que ha arribado la resolución impugnada.

Décimo.- Que sin embargo, en otro extremo de análisis, queda por examinar la denuncia referida al "falsus procurator", toda vez que la Compañía recurrente sostiene, que la prenda ha sido constituida por quienes no tenían facultades para hacerlo, y en que su caso, para gravar el dinero se requería que el Representante Legal ostente poder por Escritura Pública tal como dispone el artículo 156 del Código Civil y el acuerdo válido del órgano interno de la citada Compañía con el objeto de constituir tal prenda, por ello invoca a los artículo 140, 145, 161, 167 Y 1058 del mismo código y demás normas invocadas en la denuncia concluyendo que se aplicó indebidamente los artículos 277 y 280 del Código de Comercio por estar derogados por el Código Civil en forma tácita.

Undécimo.- Que en efecto, según el artículo 156 del Código Sustantivo señala que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por Escritura Pública, bajo sanción de nulidad, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que señala que el Representante Legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado, de lo que se concluye, también sobre la base de los hechos probado, que los representantes de la demandante no constituyeron la prenda conforme a las formalidades de las normas antes aludidas; lo que daría lugar a una eventual nulidad de la prenda sublitis que por la naturaleza de la sanción no ha lugar a la convalidación o conformación del acto jurídico; cabe precisarse que las normas invocadas son normas de carácter general que regulan la representación en los

negocios del derecho común e incluso a los actos de comercio, siempre que el Código de Comercio no haya previsto regulación al respecto.

Duodécimo.- Que por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 161 del Código Civil que regula la figura del llamado "falsus procurator" los actos celebrados por el representante excedían los límites de las facultades que se le hubieran conferido o violándolas es ineficaz con relación al representado; sin embargo, es evidente que aquel acto del representante que actúa a los supuestos que contiene la norma no es precisamente nulo sino ineficaz con respecto al representado, tal es así que incluso, dicho acto puede ser objeto de ratificación por el representado, como señala el artículo 162 del mismo Código, siendo así mal se puede invocar como lo hace la recurrente, que se aplique al caso de autos, los artículos 156 y 161 del precitado Código, cuando ambas normas contienen supuestos efectos distintos.

Décimo Tercero.- Que sin embargo, en uno y otro caso, las normas citadas en el considerando anterior son parte de la teoría de la representación regulada en el título 3 del Libro de Acto Jurídica que, tal como se tiene expuesto es esencia en normas generales que regulan el derecho común; no obstante ello., se aprecia que el Código de Comercio, ha regulado otras formas de representación mercantil, que por su naturaleza especial, le son aplicables a los actos de comercio y en este sentido, los artículos 277 y 280, prevén el caso por el cual el factor de un establecimiento comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aún cuando se haya transgredido sus facultades, siempre que los contratos celebrados por el factor recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento comercial; siendo así, no son aplicables al caso de autos, las normas del derecho común sino las normas antes acotadas.

Décimo Cuarto.- Que dichas normas no han sido derogadas por el Código Civil, en tanto de haberlo, la intención del legislador del citado cuerpo legal se hubiera puesto de manifiesto en el artículo 2112 de sus disposiciones finales, en la que, deroga expresamente determinados contratos de naturaleza mercantil; corrobora lo expuesto lo dispuesto por el artículo 179 de la Ley General de Sociedades Decreto Supremo N° 003- 85-JUS del 14 de enero de 1985 vigente en la época en que se practicó el negocio jurídico que señala que no puede ser objeto de limitación las facultades que ordinariamente corresponden al Gerente o al factor según el Código de Comercio.

SENTENCIA:

Estando a las consideraciones que preceden: declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por El Sol Nacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., en consecuencia **NO CASAR**, la sentencia de vista de fajas 648, su fecha 9 de julio de 1997; **CONDENARON** al recurrente al pago de la multa de 3 URP, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos con el Banco del Sur, sobre pago de dólares **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron

JURISPRUDENCIA 3 ARTICULO 155

CASO N° 1073-2004

Sumilla: "... corresponde analizar previamente si, como alega el recurrente se ha vulnerado el debido proceso al resolver la causa como una de nulidad de acto jurídico, cuando lo que correspondía, según sostiene el recurrente es que se entienda el petitorio, como uno de ineficacia del acto jurídico según se cuestiona

..."

" .. Revisados los autos se tienen que el demandante otorgó poder amplio y general a su cónyuge, confiriéndole a esta, facultades para disponer, enajenar, comprar, alquilar, cobrar arrendamientos y cualquier otro acto que importe el resguardo, acrecentamiento o beneficio para los derechos económicos del mandante ... "

" ... la citada codemandada se ha servido de la facultad conferida en dicho instrumento para enajenar con fecha catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve sus acciones y derechos respecto de un inmueble que los había adquirido como bien conyugal, toda vez que para enajenar habría requerido de un poder especial, que no le otorgó ... "

" .. la denuncia del demandante está dirigida a cuestionar un acto jurídico celebrado por su representante excediendo los límites de las facultades que le confirió, los que está sancionado con la ineficacia, conforme así lo establece nuestro ordenamiento sustantivo en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del falso procurador, cuya sanción es solo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado, diferente a la figura de nulidad del acto jurídico, tratándose de instituciones que por su naturaleza son distintas pues tienen causas y efectos diferentes ... "

CASO N° 1073-2004 CALLAO (Lima, dos de agosto del dos mil cinco).

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa el día de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la presente sentencia:

1.-RESOLUCIÓN MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fajas doscientos veintidós de fecha seis de enero del dos mil cuatro expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao que revoca la sentencia de primera instancia y reformándola declara fundada la demanda.

2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: El recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de inaplicación de los artículos 162, 163 Y 221 del Código Civil que regula la ratificación del acto jurídico, los vicios de la voluntad en la representación y las causales de anulabilidad, en razón de que la Sala Civil al sostener en su resolución que los hechos demandados se subsumen en la figura del falsus procurator, debió aplicar los artículos citados y declarar improcedente la demanda; Asimismo se ha declarado procedente el recurso por la causal del vulneración al debido proceso y al principio de congruencia; además porque según se expresa la Sala debió respetar los límites establecidos en el artículo VII del Título Preliminar del código Procesal Civil que le permite al juzgador aplicar el derecho que corresponda al proceso, no pudiendo ir mas allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos.

3.- CONSIDERANDOS:

Primero: Habiéndose denunciado causales in iudicando e in procedendo, corresponden

analizar en primer término las diferidas a la vulneración al debido proceso que se configuran, cuando en el desarrollo del mismo no se han respetado los derechos procesales de las partes o se han violado o alterado actos de procedimientos, o la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional ha dejado de motivar sus decisiones o lo hacen en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Segundo: Siendo esto así, corresponde analizar previamente si, como alega el recurrente se ha vulnerado el debido proceso al resolver la causa como una de nulidad de acto jurídico, cuando lo que correspondía, según sostiene el recurrente es que se entienda el petitorio, como uno de ineficacia del acto jurídico según se cuestiona.

Tercero: Revisados los autos se tienen que con fecha veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y cuatro el demandante otorgó poder amplio y general a su cónyuge codemandada doña Man Chin Yi Lee, confiriéndole a esta, facultades para disponer, enajenar, comprar, alquilar, cobrar arrendamientos y cualquier otro acto que importe el resguardo, acrecentamiento o beneficio para los derechos económicos del mandante.

Cuarto: Que, según refiere el demandante, la citada codemandada se ha servido de la facultad conferida en dicho instrumento para enajenar con fecha catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve sus acciones y derechos respecto de un inmueble que los había adquirido como bien conyugal, toda vez que para enajenar habría requerido de un poder especial, que no le otorgó.

Quinto: Que, en este contexto, la denuncia del demandante está dirigida a cuestionar un acto jurídico celebrado por su representante excediendo los límites de las facultades que le confirió, los que está sancionado con la ineficacia, conforme así lo establece nuestro ordenamiento sustantivo en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del falso procurador, cuya sanción es sólo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado, diferente a la figura de nulidad del acto jurídico, tratándose de instituciones que por su naturaleza son distintas pues tienen causas y efectos diferentes.

Sexto: Que, siendo esto así y habiendo el colegiado arribado a las mismas conclusiones antes citadas, no correspondía en el presente caso emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, por lo que, al hacerlo, se ha incurrido en la causal procesal denunciada, siendo por tanto fundado este extremo del recurso.

Séptimo: Habiéndose amparado la causal procesal denunciada, la Sala se reserva el derecho de emitir opinión respecto de la causal in indicando invocada.

DECISION: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Juan Chac Lam Siu y doña Lee Siu Ling de Siu a fojas doscientos setenta y cuatro, en consecuencia declararon **NULA** la sentencia recurrida de fojas doscientos veintidós que revoca la sentencia de primera instancia declarando fundada la demanda. b) **ORDENARON** al colegiado emitir fallo teniendo en cuenta los consideraciones precedentes, e) **DISPUSIERON:** la publicación de la presente resolución en el Diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, EGUSQUIZA ROCA, QUINTANILLA CHACON, MANSILLA NOVELLA

JURISPRUDENCIA 4 ARTICULO 152

CASO N° 1569-2002

Sumilla: " ... el recurrente, al fundamentar su recurso, hace una distinción donde la ley no lo hace y le atribuye al precepto un sentido que textualmente no tiene ... "

" ...La vendedora así como los compradores si pudieron conocer la revocatoria del poder.. "

" ... las normas resultan aplicables únicamente en los casos que exista buena fe y probidad por parte de los contratantes, lo que no ocurre en el presente caso, conforme se ha determinado en las instancias de mérito, al advertir, entre otros, lo siguiente: 5.1. Que en la escritura pública de compraventa se halla insertado referencias del poder con que el codemandado José Laso Gandarillas actuó en representación de la actora, señalando como fecha de inscripción del mismo el cuatro de agosto de mil novecientos noventicuatro, no obstante que dicha escritura tiene fecha dos de agosto y la conclusión de firmas se dio el mismo día, cuando dice: " habiendo concluido el proceso de firmas ante mi el Notario con fecha dos de agosto de mil novecientos noventicuatro, lo que doy fe". 5.2. Que en el poder otorgado por la actora a favor del co-demandado José Laso Gandarillas, que tenía el notario en su legajo, aparece marginalmente anotada la revocatoria del mismo, señalando, incluso, su fecha de inscripción ... "

CAS. N° 1569-2002 LIMA.

Lima, veintiuno de noviembre del dos mil tres.-

La SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa el día de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la presente sentencia, con los acompañados:

1.- MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setentiséis, su fecha cinco de marzo de dos mil dos, expedida por la Tercera Sala Civil de la Superior de Justicia de Lima que, confirmando la sentencia de primera instancia de fojas trescientos treinta, su fecha dieciocho de julio de dos mil, declara fundada la demanda incoada por María Elena Laso San Román contra Jorge Laso Gandarillas y otra, sobre nulidad de acto jurídico.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución obrante a fojas treinta del cuadernillo de casación, de fecha diecisiete de setiembre de dos mil dos, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por don Jorge Laso Gandarillas por las siguientes causales: a) la prevista en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la interpretación errónea del inciso 1 del artículo 219 del Código Civil; y b) la prevista en el inciso 2 del artículo 386 del citado Código Procesal, relativa a la inaplicación de los artículos 152, 197, 949, 1802, 2012, 2014 Y 2038 del Código Civil.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- El recurrente, respecto de la denuncia relativa a la interpretación errónea del inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, sostiene que "(...) Un acto jurídico es nulo por falta de manifestación de voluntad del agente únicamente en los supuestos de incapacidad natural, es decir cuando el sujeto se encuentra privado de discernimiento o por una declaración hecha en broma, en la que existe discrepancia entre voluntad y declaración, únicos supuestos previstos por el sistema jurídico nacional". Posteriormente señala que "(...) una interpretación correcta del artículo 219 inciso 1 del Código Civil no permite incluir como supuesto la carencia de facultades del apoderado que interviene en la celebración de un acto jurídico".

Segundo.- El artículo 219, inciso 1, del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente. Pues bien. Cuando se denuncia la interpretación errónea de una norma de derecho material ésta debe referirse a que en la sentencia cuestionada en casación se ha recortado o extendido, al interpretar el precepto leal, los alcances de dicha norma o que se le ha otorgado un sentido que no tiene. Sin embargo, el recurrente, al fundamentar su recurso, hace una distinción donde la ley no lo hace y le atribuye al precepto un sentido que textualmente no tiene, por lo que el recurso por la citada causal deviene en infundado.

Tercero.- Respecto de la denuncia relativa a la inaplicación de los artículos 152, 197, 949, 1802, 2012, 2014 Y 2038 del Código Civil, el recurrente sostiene que su parte en calidad de vendedora así como los compradores no pudieron conocer la revocatoria del poder sino hasta que éste fue inscrito en los Registros Públicos, hecho que sucedió recién el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, es decir, luego de la formalización del acto jurídico cuya nulidad se pretende. Agrega que la ineficacia del acto jurídico no perjudica los derechos obtenidos por el tercero adquirente de buena fe, pues éste celebró la compraventa con quien aparecía en el registro con facultades para hacerla.

Cuarto.- El artículo 152 del Código Civil establece que "La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante". Por otro lado, el artículo 197 del Código antes citado prevé que la declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe".

Asimismo, el artículo 949 del Código Civil establece que "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". Luego, el artículo 1802 del Código Civil prescribe que Son válidos los actos que el mandatario realiza antes de conocer la extinción del mandato". Los artículos 2012 y 2014 del Código Civil establecen que "Se

presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones" y "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro", respectivamente. Finalmente, el artículo 2038 del Código Civil prevé que "El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos".

Quinto.- Analizadas las normas aludidas se llega a la determinación de que éstas resultan aplicables únicamente en los casos que exista buena fe y probidad por parte de los contratantes, lo que no ocurre en el presente caso, conforme se ha determinado en las instancias de mérito, al advertir, entre otros, lo siguiente: 5.1. Que en la escritura pública de compraventa se halla insertado referencias del poder con que el co-demandado José Laso Gandarillas actuó en representación de la actora, señalando como fecha de inscripción del mismo el cuatro de agosto de mil novecientos noventicuatro, no obstante que dicha escritura tiene fecha dos de agosto y la conclusión de firmas se dio el mismo día, cuando dice: " habiendo concluido el proceso de firmas ante mi el Notario con fecha dos de agosto de mil novecientos noventicuatro, lo que doy fe". 5.2. Que en el poder otorgado por la actora a favor del co-demandado José Laso Gandarillas, que tenía el notario en su legajo, aparece marginalmente anotada la revocatoria del mismo, señalando, incluso, su fecha de inscripción.

Sexto.- Consecuente con lo anterior, la aplicación de las normas que se dicen inaplicadas, en nada cambiarían el sentido de la decisión, si a ello se agrega que la incongruencia contenida en la anotada escritura es evidente.

4. DECISIÓN: Por las razones anotadas: a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fajas cuatrocientos noventa, por Jorge Laso Gandarillas, en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de fajas cuatrocientos setentiséis, de fecha cinco de marzo del dos mil dos; en los seguidos por doña María Elena laso San Román sobre nulidad de acto jurídico. b) **CONDENARON** al recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; así como las costas y costos originados en la tramitación del recurso. c) **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad y los devolvieron. SS. ALFARO ALVAREZ, CARRION LUGO, HUAMANI LLAMAS, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MOLINA ORDÓÑEZ C-42049

JURISPRUDENCIA 5 ARTICULO 1809

CASO N° 284-2003

Sumilla: " ... se acusa también que el documento privado de fajas veinticuatro no cuenta con fecha cierta, y que por tal razón no puede surtir eficacia jurídica al no cumplir con los requisitos del artículo doscientos cuarenticinco del Código Procesal Civil, empero tal afirmación carece de todo sustento jurídico, porque en principio el artículo doscientos cuarenticinco lo que determina simplemente cuándo un documento adquiere fecha cierta y no le resta eficacia jurídica; por al contrario, el juzgador conforme al artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, se halla obligado a valorar todos los medios probatorios de manera conjunta, y ellos van a ser apreciados conforme a su sana crítica, como lo han hecho las instancias que se han convencido que la recurrente actuó en la compra venta por interés del demandante, máxime si se anota que tal medio probatorio no ha sido tachado, de modo que conserva su eficacia probatoria ... "

" ... Como cargo sustantivo se ha denunciado la aplicación indebida del artículo mil ochocientos nueve del Código Civil, que regula el mandato sin representación, pues en ella se actúa por interés y cuenta de otro pero no en su representación, por lo que la transferencia de propiedad se produce en su esfera y no en el del mandante, hasta que se le trasmita la propiedad en ejecución de contrato; sin embargo la Sala de mérito ha señalado que su persona actuó en representación del actor, don Alejandro Corcova Alzamora, con lo cual se tiene que dicho artículo no debió aplicarse a los autos, por cuanto no hay representación y debió aplicarse los artículos ciento cincuenticuatro y ciento cincuentiséis del Código Civil. ... "

" ... Que revisado los autos se tiene que la sentencia de vista al aludir que doña Patricia Figallo Garay actuó en representación del señor Córdova Alzamora, está haciendo referencia a la representación indirecta como puede entenderse del íntegro de su texto, que es la regulada en el mandato sin representación, de modo que la norma pertinente es precisamente la del artículo mil ochocientos nueve del Código Civil, y que considerando que la señora Figallo Garay ha negado su calidad de mandataria es justamente que se ampara la pretensión de declaración y reconocimiento de verdadero propietario, por cuanto ésta no cumplió con los deberes que le correspondían, abundando contra la emplazada que persiga la aplicación del artículo ciento cincuenticuatro del Código Civil que señalan del cese de la representación, que además no resulta pertinente a los autos pues no se han determinado los hechos para su aplicación ni corresponde a ésta Sala determinarlos; y si tratándose de dinero, no es de aplicación del artículo ciento cincuentiséis del Código Civil, dada la naturaleza del mismo; máxime si acreditado por las instancias que el dinero con que se pagó el bien era del demandante, es decir ya habiéndose dispuesto de él, no puede ahora la recurrente señalar que no se le dio facultad con la formalidad adecuada para disponer de él, pues ello constituiría el ejercicio abusivo de un derecho que la ley no ampara ... "

CASo N° 284-2003 PIURA. Reconocimiento de propietario.

Lima, primero de agosto del dos mil tres.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; vista la causa doscientos ochenticuatro- dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el abogado de Lidia Patricia Figallo Garay contra la sentencia de vista de fajas cuatrocientos sesentisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura el seis de noviembre del dos mil dos, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada, de fajas trescientos cincuenticuatro, de fecha diez de julio del dos mil uno, declara fundada en parte la demanda respecto a la pretensión de reconocimiento y declaración de verdadero propietario respecto al inmueble signado como casa número siete de la Urbanización Clarke de la ciudad de Piura; e infundada respecto a la pretensión de nulidad de Escritura Pública y del Acto Jurídico que lo contiene, así como del asiento registral inscrito en el asiento dos-C de la ficha cero veintinueve noventa dos del registro de Propiedad Inmueble de Lima;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Por resolución de éste Supremo Tribunal del veintiuno de febrero del dos mil tres se ha declarado la procedencia del recurso por las causales de los incisos primero y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, al haberse acusado: a) La aplicación indebida de una norma de derecho material, como sería el artículo mil ochocientos nueve del Código Civil, ya que en la recurrida se acota que su patrocinada actuó en "representación" del señor Córdova Alzamora, siendo que el mandato sin representación implica siempre un mandato conferido por el mandante al mandatario, el que no significa en modo alguno, conferir poderes de representación, por lo que se debió aplicar los artículos ciento

cincuenticuatro y ciento cincuentiséis del Código Civil; b) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, ya que al momento de emitirse la impugnada se ha vulnerado el principio de congruencia del artículo cincuenta inciso sexto del Código Procesal Civil, al señalarse que se actuó en representación del demandante, pero resolviéndose como si se tratara de un mandato sin representación; Que en ese sentido también se ha vulnerado el artículo ciento treintinueve inciso tercero de la Constitución Política del Estado, ya que si de acuerdo al Colegiado de mérito, la conducta de su representada se halla en el marco del mandato sin representación, entonces se encuentra en la etapa de ejecución del consignado contrato, lo que no ha sido materia del presente proceso ni mucho menos señalado como punto controvertido; y c) La infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, ya que si bien se indica que la señora ha actuado en representación del demandante, no se ha tenido en cuenta que el documento privado no cuenta con fecha cierta, y por tanto no ha producido eficacia jurídica, al no cumplir con los presupuestos del artículo doscientos cuarenticinco del Código Procesal Civil, máxime si, conforme al pliego de absolución de posiciones, así como al efectuarse el reconocimiento, su patrocinada ha negado haber firmado tal documento;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que cuando se acusan causales sustantivas y adjetivas, es menester resolver primero éstas pues de ampararse acarrearán la nulidad de la impugnada, haciendo inadecuado un pronunciamiento sobre las primeras;

Segundo.- Que la recurrente ha denunciado la vulneración del principio de congruencia, empero como ya se ha señalado en ejecutorias supremas anteriores, tal principio implica la concordancia que debe existir entre lo que es materia del petitorio y lo resuelto por los juzgadores; y en ese entender no se advierte que las instancias hayan fallado más allá ni recortado lo peticionado, pues se ha demandado reconocimiento y declaración de verdadero propietario que es el extremo de la pretensión que se ha amparado; y se ha desestimado el otro extremo referido a la nulidad de la Escritura Pública de compra venta del ocho de abril de mil novecientos noventidós, del acto jurídico que contiene y del asiento registral derivado de ella;

Tercero.- Que se acusa también que el documento privado de fajas veinticuatro no cuenta con fecha cierta, y que por tal razón no puede surtir eficacia jurídica al no cumplir con los requisitos del artículo doscientos cuarenticinco del Código Procesal Civil, empero tal afirmación carece de todo sustento jurídico, porque en principio el artículo doscientos cuarenticinco lo que determina simplemente cuándo un documento adquiere fecha cierta y no le resta eficacia jurídica; por el contrario, el juzgador conforme al artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, se halla obligado a valorar todos los medios probatorios de manera conjunta, y ellos van a ser apreciados conforme a su sana crítica, como lo han hecho las instancias que se han convencido que la recurrente actuó en la compra venta por interés del demandante, máxime si se anota que tal medio probatorio no ha sido tachado, de modo que conserva su eficacia probatoria;

Cuarto.- Como cargo sustantivo se ha denunciado la aplicación indebida del artículo mil ochocientos nueve del Código Civil, que regula el mandato sin representación, pues en ella se actúa por interés y cuenta de otro pero no en su representación, por lo que la transferencia de propiedad se produce en su esfera y no en la del mandante, hasta que se le trasmita la propiedad en ejecución de contrato; sin embargo la Sala de mérito ha señalado que su persona actuó en representación del actor, don Alejandro Corcova Alzamora, con lo cual se tiene que dicho artículo no debió aplicarse a los autos, por cuanto no hay representación y debió aplicarse los artículos ciento cincuenticuatro y ciento cincuentiséis del Código Civil;

Quinto.- Que revisado los autos se tiene que la sentencia de vista al aludir que doña Patricia Figallo Garay actuó en representación del señor Córdova Alzamora, está haciendo referencia a la representación indirecta como puede entenderse del íntegro de su texto, que es la regulada en el mandato sin representación, de modo que la

norma pertinente es precisamente la del artículo mil ochocientos nueve del Código Civil, y que considerando que la señora Figallo Garay ha negado su calidad de mandataria es justamente que se ampara la pretensión de declaración y reconocimiento de verdadero propietario, por cuanto ésta no cumplió con los deberes que le correspondían, abundando contra la emplazada que persiga la aplicación del artículo ciento cincuenticuatro del Código Civil que señalan del cese de la representación, que además no resulta pertinente a los autos pues no se han determinado los hechos para su aplicación ni corresponde a ésta Sala determinarlos; y si tratándose de dinero, no es de aplicación del artículo ciento cincuentiséis del Código Civil, dada la naturaleza del mismo; máxime si acreditado por las instancias que el dinero con que se pagó el bien era del demandante, es decir ya habiéndose dispuesto de él, no puede ahora la recurrente señalar que no se le dio facultad con la formalidad adecuada para disponer de él, pues ello constituiría el ejercicio abusivo de un derecho que la ley no ampara;

Sexto.- Por tales consideraciones, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, y en aplicación del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; declararon:

INFUNDADO el recurso de casación de fajas cuatrocientos setentis y seis a cuatrocientos ochenta y tres por el Abogado de Lidia Patricia Figallo Garay; contra la resolución de vista de fajas cuatrocientos sesenta y siete a cuatrocientos setenta, su fecha seis de noviembre del dos mil dos; **CONDENANDO** a la recurrente al pago de las costas y costos del proceso y a la multa de una unidad de referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, en los seguidos por Alejandro Federico Córdova Alzamora contra Lidia Patricia Figallo Garay, sobre Reconocimiento y Declaración de Verdadero Propietario; y los devolvieron.-

SS. MENDOZA RAMIREZ, AGUAYO DEL ROSARIO, LAZARTE HUACO, PACHAS AVALOS, QUINTANILLA QUISPE C-41269

JURISPRUDENCIA 6 ARTICULO 1812

CASO N° 757-97 LIMA

Lima, 7 de octubre de 1998.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en audiencias públicas del 25 de agosto y 17 de setiembre del año en curso, en discordia, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Mundo Aduanero S.A. contra la sentencia de vista de fojas 398, su fecha 31 de marzo de 1997 corregida fojas 408, que confirmando la sentencia apelada de fojas 330, su fecha 27 de junio de 1996, aclarada a fojas 342 declara fundada la demanda de fojas 121 y subsanada a fojas 178; y en consecuencia ordena que Mundo Aduanero S.A. e Inversiones Santander S.A. cumplan con pagar a la actora Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros la suma de U.S.\$ 34.375,41; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante ejecutoria de fecha 12 de setiembre de 1997 ha estimado procedente el recurso por la causal relativa a la inaplicación de los artículos 2 y 358 del Código de Comercio, indicándose que entre las partes existe una relación de naturaleza mercantil y no civil. Por ende, la responsabilidad debe establecerse de conformidad con tales dispositivos; así como la inaplicación de los artículos 244 de la Ley General de Aduanas y 370 de su reglamento, debidamente concordado con el artículo 1812 del Código Civil, las mismas que regulan la responsabilidad del mandatario por las obligaciones asumidas por los terceros con quienes contrató.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, como resulta de la sentencia apelada, que la de vista ha hecho suya, se ha establecido como relación fáctica, que Bakelita y Anexos S.A., encargó a Mundo

Aduanero, el despacho aduanero de determinada máquina importada y el transporte de la misma a la planta respectiva, que Mundo Aduanero, a su vez, encargó el transporte a Inversiones Santander S.A. y que Generali Compañía de Seguros y Reaseguros, en su calidad de aseguradora, indemnizó a Bakelita y Anexos por el daño causado a la maquinaria durante su transporte, por lo acciona en vía de subrogación.

Segundo.- Que, las sentencias de mérito establecen la responsabilidad de la transportista de la maquinaria, Inversiones Santander S.A. y la solidaridad de Mundo Aduanero porque se ha considerado que se obligó al transporte de la maquinaria invocando al efecto normas de naturaleza civil

Tercero.- Que, la relación fáctica establecida es típicamente mercantil, por ser todos, los partícipes comerciantes y los contratos celebrados de naturaleza comercial, ya que el contrato de transportes se regula en el Código de Comercio y el despacho aduanero por sus leyes propias, como establece el artículo 2 del Código de Comercio, evidentemente inaplicable.

Cuarto.- Que, en el contrato mercantil de transporte terrestre; el porteador está obligado a entregar los efectos cargados en el mismo estado en que los recibió y en el caso contrario a pagar el valor de daño, como dispone el artículo 358 del Código de Comercio, lo que evidentemente no se puede hacer extensivo al cargador, en este caso Mundo Aduanero, de tal manera que la responsabilidad no le alcanza.

Quinto.- Que, el artículo 244 de la Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 722, vigente en la época de los hechos, estableció que en el acto por el cual se encomienda al despacho aduanero de mercaderías a un agente de aduanas que lo acepta por cuenta y riesgo de ellos, es un mandato que se regula por el Código Civil; que el artículo 370 de su Reglamento, el Decreto Supremo número 058-92-EF puntualiza los alcances de esa relación de tal manera que el Agente de Aduanas, en su calidad de mandatario, obliga a su demandante para aquello que fue autorizado, en este caso, el despacho aduanero y como se ha establecido en la relación fáctica el transporte de la maquinaria a la planta respectiva, lo que supone la celebración de un contrato de transporte.

Sexto.- Que, habiéndose siniestrado la maquinaria, la responsabilidad del porteador, no alcanza al cargador en este contrato de transporte, y mandatario en la relación con Bakelita y Anexos, como establece el artículo 1812 del Código Civil, ya que no se ha establecido en autos que al momento de contratar conociese de la insolvencia profesional del porteador.

Sétimo.- Que, en consecuencia, se ha dado la inaplicación de las normas materiales denunciadas y es de aplicación lo dispuesto en el artículo 396 inciso 1° del C.P.C.

SENTENCIA:

Estando a las consideraciones expuestas, declararon: **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por Mundo Aduanero S.A.; en consecuencia; **CASAR** la sentencia de vista de fajas 398, su fecha 31 de marzo de 1997 **Y ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA, REVOCARON** la sentencia de apelada de fajas 330, su fecha 27 de junio de 1996, que declara fundada la demanda de fajas 121, subsanada a fajas 178 y ordena que Mundo Aduanero S.A. e Inversiones Santander S.A. cumplan con pagar a la actora Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros la suma de U.S.\$ 34.365,41, más intereses legales por devengarse, con costas y costos, y **REFORMÁNDOLA** se declare **INFUNDADA** la demanda respecto de Mundo Aduanero S.A., y se le confirme en lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; ORTIZ; SÁNCHEZ PALACIOS; CASTILLO LRS.

EL VOTO DE LOS SEÑORES VOCALES IBERICO MASY, CELIS ZAPATA; ES COMO SIGUE:

CONSIDERANDO: Primero.- Que, en la relación contractual existente entre las partes demandante y demandada subyacen dos relaciones distintas pero íntimamente

vinculadas: la primera, derivada del contrato de transporte realizado por la recurrente con su codemandada Inversiones Santander S.A., y la segunda, de despacho aduanero, celebrado entre Bakelita y Anexos S.A. - BASA - empresa subrogada por la actora, también con la impugnante. **Segundo.-** Que respecto a la primera relación, cabe precisar

que el contrato de transporte por vía terrestre se reputa mercantil cuando tenga por objeto ¹¹-

el transporte de mercaderías o cualesquiera efectos del comercio, tal como regula el inciso primero del artículo 344 del Código de Comercio, siendo así, se concluye que la primera relación contractual es un acto de comercio con lo cual son aplicables las normas previstas en el Código de Comercio. **Tercero.-** Que en efecto la resolución de vista que hace suyos los fundamentos de la apelada ha estimado que el transportista o porteador es responsable de los daños irrogados en la mercadería, considerando que éste asume la responsabilidad desde el momento en que recibe la mercadería y en tal sentido aplica el artículo 350 del Código de Comercio, condenándolo a la pretensión indemnizatoria materia de litis, conjuntamente con la Empresa impugnante, por ende, resulta sin base real la alegación referida a que no se ha aplicado el artículo 2 del citado Código, norma que señala la naturaleza de los actos de comercio. **Cuarto.-** Que por otro lado, si bien no se ha aplicado expresamente el artículo 358 del precitado Código, sin embargo, se ha condenado al porteador o transportista al resarcimiento del daño precisamente por que dicha norma prevé la obligación del porteador o transportista a entregar la mercadería sin detrimento ni menoscabo alguno, siendo así, la norma invocada no hace más que corroborar la responsabilidad del porteador.

Quinto.- Que en cuanto a la segunda relación sustantiva existente entre Bakelita y Anexos S.A. - BASA- dueña de la mercadería y Mundo Aduanero S.A. en calidad de agencia de aduna, es menester indicar que en efecto según el artículo 244 del Decreto Legislativo N° 622 Ley General de Aduanas, norma que ha sido derogada por el Decreto Legislativo N° 809, Nueva Ley General de Aduanas, y que es reproducida en su artículo 99, el acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduanas, que lo acepta por cuanta y riesgo de aquellos, es un mandato con representación que se regula por esta ley y su reglamento, y en lo no previsto en ella por el Código Civil. **Sexto.-** Que de igual modo, según el artículo 370 del Decreto Supremo N° 058-92-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 722, norma también derogada por la citada Nueva Ley General de Aduanas y reproducida en el artículo 156 de su reglamento Decreto Supremo N° 121-96- EF, el mandato para despachar, otorgado a favor de la agencia de aduana, persona natural o jurídica, incluye la facultad de desaduanar y retirar las mercancías de las aduanas, formular pedidos y reclamos, realizar actos y trámite relacionados con el despacho. **Sétimo.-** Que estando a las normas citadas, cabe señalar que la relación existente entre Bakelita y Anexos S.A. - BASA - Y Mundo Aduanero S.A. es de mandante y mandatario, siendo así, corresponde aplicar las normas del Código Civil referidas al mandato. **Octavo.-** que en efecto, resulta que de conformidad con el artículo 1082 del Código Sustantivo el mandatario no es responsable frente al mandante por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado; sin embargo, resulta que la operación realizada mediante el despacho aduanero por la mandataria no alcanza al contrato de transporte realizada por ésta con la codemandada Inversiones Santander S.A. ya que propiamente aquella relación, básicamente aduanera, se sustenta en el despacho aduanero o se restringe a otras operaciones aduaneras distintas al contrato de transportes tal es así que según el propio glosario de términos aduaneros publicada en la derogada Ley General de Aduanas y la vigente el despacho es el cumplimiento de las formalidades aduaneras Necesarias para importar y exportar las mercancías o someterlas a otro régimen aduanero; en consecuencia, en esta relación aduanera no cabe la aplicación de la norma sobre responsabilidad del mandatario por las obligaciones asumidas por los terceros con quienes contrató toda vez que el siniestro

se produjo en la ejecución del contrato de transporte. **Noveno.-** Que si bien la empresa Bakelita y Anexos S.A. - BASA- pudo o no, haber realizado también el contrato de mandato con la impugnante con el objeto de que ésta contrate con el tercero el traslado de la mercadería, sin embargo, este extremo obligaría a esta sede al re- examen de la prueba referida a la existencia de este contrato de mandato, lo cual no es admisible toda vez que no constituye finalidad del Recurso de Casación. **Décimo.-** Que por consiguiente es de aplicación del artículo 397 del C.P.C. Por estas consideraciones **NUESTRO VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por Mundo Aduanero S.A.; en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista de fajas 398, su fecha 31 de marzo de 1997, corregida a fajas 408, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; en los seguidos por Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros con Mundo Aduanero y otro, sobre pago de dólares. ss. **IBÉRICO; CELIS**

JURISPRUDENCIA 7 ARTICULO 163

CASO N° 1815-2006 CALLAO

Sumilla: " ... se alegó indebidamente que bajo el supuesto negado de no gozar del poder especial, el acto jurídico sería anulable o viciado de nulidad relativa y por ende al haberse demandado la nulidad absoluta, la demanda deviene en improcedente ... "

" ... En materia de representación, nuestro ordenamiento civil en su artículo 163 prevé la anulabilidad del acto jurídico, cuando la voluntad del actor ha sido viciada. En el presente caso, se ha establecido un supuesto de hecho distinto, esto es, la falta o ausencia de manifestación de voluntad, por lo que no es un problema de incapacidad relativa, error, dolo, violencia, intimidación o simulación, y los recurrentes no demuestran la pertinencia del artículo 221 del Código Civil a los hechos establecidos en la instancia ... "

" ... En anterior pronunciamiento, y según sentencia de fecha seis de enero del dos mil cuatro, corriente a fajas doscientos veintidós, la Sala Superior estableció que el poder otorgado por el actor a doña Man Chi Yi Lee fue de carácter genérico, quede acuerdo a los extremos del mandato el apoderado debía velar por el resguardo, acrecentamiento o beneficios económicos del demandado, y que la apoderada había excedido ampliamente su mandato, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, declaró nulo el contrato de compra venta. Esa sentencia fue casada por la de fecha dos de agosto del dos mil cinco, corriente a fajas trescientos veintisiete, por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil, como se había denunciado por los recurrentes, pues el Colegiado Superior estableció una causal de anulabilidad, y no aplicó lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 221 del Código Civil. .. "

" ... En esta oportunidad, la sentencia de vista, ha llegado a una conclusión distinta, esto es que existe una causal de nulidad y aplica el artículo 219 inciso 1° del Código Civil, que es también fundamento legal de la demanda, y de otro lado, los recurrentes en el recurso que se resuelve, no han aducido vicio procesal alguno ... "

CAS. N° 1815-2006 CALLAO.

Lima, veintiséis de enero del dos mil siete.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa en discordia el día veinticuatro de octubre del dos mil seis y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Juan Chac Lam Siu y Lee Siu Ling de Siu contra la Resolución de vista de fajas trescientos cuarenta y dos, su fecha veintidós de diciembre del dos mil cinco, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que revocando la

apelada de fajas ciento cuarenta y seis, su fecha treinta y uno de julio del dos mil dos, la reforma declarando fundada la demanda en todos sus extremos; con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha treinta y uno de mayo del dos mil seis, por la causal contenida en el inciso 2° del artículo 386 del Código Procesal Civil, denunciándose que se ha inaplicado los artículos 161, 162, 163 y 221 del Código Civil, alegando que los hechos demandados constituyen un caso subsumido en la figura del falsus procurator, según las normas denunciadas, al haberse celebrado por la apoderada del actor extralimitándose supuestamente en sus facultades. Bajo el supuesto negado de no gozar del poder especial, el acto jurídico sería anulable o viciado de nulidad relativa y por ende al haberse demandado la nulidad absoluta, la demanda deviene en improcedente.

3. CONSIDERANDO:

Primero: El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme lo señala el artículo 384 del Código Procesal Civil. Segundo: La sentencia de vista ha establecido como juicio de hecho, que el poder otorgado por el demandante a su cónyuge, contenía un mandato general, mas no la facultaba a transferir las acciones y derechos de la sociedad conyugal en los inmuebles que indica, y que el actor no manifestó su voluntad en el acto jurídico de compra venta, cuya nulidad se persigue, por lo que en conformidad con el artículo 219 inciso 1° del Código Civil declara nulo el contrato de compra venta celebrado por la cónyuge del actor con los demandados Juan Chac Lam Siu y Lee Siu Ling de Sil]. Se sustenta además en lo dispuesto en los artículos 292, 155 Y 1792 del mismo Código.

Tercero: Los recurrentes no han impugnado, en su recurso de casación, la aplicación de los dispositivos legales antes citados en que se sustenta la de vista, referentes a la causal de nulidad absoluta del acto jurídico por ausencia de voluntad del agente, la representación de la sociedad conyugal, los alcances del poder general y del especial, y la extensión del mandato. Por tanto han consentido su aplicación en la instancia y han quedado firmes.

Cuarto: Los recurrentes en cuanto a su denuncia de inaplicación de normas de derecho material, como ya se ha reseñado, sostienen que se trata de un caso del falsus procurator, pues la apoderada codemandada, Man ChiYi Lee, se habría excedido ampliamente en el mandato conferido por el actor, por lo que el acto estaría sujeto a una ratificación, por ende sería anulable y debería haberse aplicado las normas contenidas en los artículos 161 y 162 del Código Civil.

Quinto: El artículo 161 del Código Civil contiene tres hipótesis concretas que determinan la ineficacia del acto jurídico con relación al representado: a) el celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido; b) el celebrado por el representante violando el texto expreso del poder que se le ha otorgado; y c) el celebrado por persona que no tiene la representación que se le atribuye; pero como se ha señalado, la instancia de mérito ha establecido un supuesto de hecho distinto, con relación al cual no resulta la subsunción de dicha norma.

Sexto: En materia de representación, nuestro ordenamiento civil en su artículo 163 prevé la anulabilidad del acto jurídico, cuando la voluntad del actor ha sido viciada. En el presente caso, se ha establecido un supuesto de hecho distinto, esto es, la falta o ausencia de manifestación de voluntad, por lo que no es un problema de incapacidad relativa, error, dolo, violencia, intimidación o simulación, y los recurrentes no demuestran la pertinencia del artículo 221 del Código Civil a los hechos establecidos en la instancia.

Sétimo: En anterior pronunciamiento, y según sentencia de fecha seis de enero del dos mil cuatro, corriente a fajas doscientos veintidós, la Sala Superior estableció que el poder otorgado por el actor a doña Man Chi Yi Lee fue de carácter genérico, que de

acuerdo a los extremos del mandato el apoderado debía velar por el resguardo, acrecentamiento o beneficios económicos del demandado, y que la apoderada había excedido ampliamente su mandato, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, declaró nulo el contrato de compra venta. Esa sentencia fue casada por la de fecha dos de agosto del dos mil cinco, corriente a fajas trescientos veintisiete, por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil, como se había denunciado por los recurrentes, pues el Colegiado Superior estableció una causal de anulabilidad, y no aplicó lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 221 del Código Civil.

Octavo: En esta oportunidad, la sentencia de vista, ha llegado a una conclusión distinta, esto es que existe una causal de nulidad y aplica el artículo 219 inciso 1° del Código Civil, que es también fundamento legal de la demanda, y de otro lado, los recurrentes en el recurso que se resuelve, no han aducido vicio procesal alguno.

Noveno: En casación no es de aplicación el principio "lura Novit Curia" recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, y no es posible exceder la causa "petendi" del recurso.

4. DECISION: a) Por estas consideraciones y estando a lo establecido en los artículos 397, 398 Y 399 del: Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Juan Chac Lam Siu y Lee Siu Ling de Siu; en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fajas trescientos cuarenta y dos, su fecha veintidós de diciembre del dos mil cinco. En los seguidos por don José Marcelino Velásquez Avilés sobre nulidad de acto jurídico. b) **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, ROMAN SANTISTEBAN, SANTOS PENA, MIRANDA CANALES

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO JAVIER ROMAN SANTISTEBAN, ADEMAS DE LOS GLOSADOS. SON COMO SIGUE:Y

CONSIDERANDO: Primero: Que, mediante resolución de fecha treinta y uno de mayo del dos mil seis, la Sala declaró procedente el presente recurso por la causal de inaplicación de los artículos 161, 162, 163 y 221 del Código Civil; sin embargo, este Colegiado quiere dejar constancia que los recurrentes en su escrito de casación de fajas cuatrocientos cinco, no denunciaron el primero de los citados artículos.

Segundo: Que, la resolución recurrida, se fundamenta en la falta de manifestación de voluntad del accionante, prevista como causal de nulidad en el inciso 1° del artículo 219 del Código Civil, toda vez que el poder con el cuál actuó su cónyuge para transferir los derechos y acciones que tenía en los Lotes uno y dos, y sobre su edificación, ubicado en la Manzana "V" de la Urbanización Residencial Higuiereta, Sexta Etapa, con numeración municipal de Avenida Aviación número cuatro mil quinientos cinco y cuatro mil quinientos cuarenta y tres, distrito de Santiago de Surco; era un poder general que se aplica para los actos de administración, mas no para disponer de los mismos, siendo necesario para ello un mandato especial o expreso.

Tercero: Que, la resolución materia de casación fue expedida observando lo dispuesto en la Casación número mil setentitrés -dos mil cuatro-CALLAO de fecha dos de agosto del dos mil cinco, que amparando la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, ordenó que la Sala emitan nuevo fallo al advertir una falta de congruencia entre la parte considerativa y la resolutive, puesto que, el Colegiado Superior declaraba la nulidad del acto jurídico al haberse acreditado que la apoderada había excedido largamente el mandato conferido por el actor, situación que no es causal de nulidad sino de anulabilidad. **Cuarto:** Que, respecto a las normas amparadas tenemos que, los artículos 161, 162 y 163 del Código Civil, están referidos a los actos jurídicos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades conferidas o violándolas, siendo ineficaz con relación al

representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros; y en dichos supuestos, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado, surtiendo efectos retroactivos pero dejando a salvo el derecho de tercero y el último de los citados artículos contiene el supuesto de la anulabilidad del acto jurídico si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Así tenemos que, del análisis de la sentencia recurrida y sus fundamentos, las normas enunciadas no resultan pertinentes ni guardan relación con el fondo de la litis, y es que la Sala Superior ha establecido en base a las pruebas aportadas y valoradas en el proceso, así como al petitorio de la demanda, que el actor José Marcelino Velásquez Aviles no manifestó su voluntad de disponer de los bienes inmuebles cuya nulidad demanda, en consecuencia se ha configurado la causal prevista en el artículo 219 inciso 1º del citado cuerpo legal, no siendo fines del presente recurso el revalorar pruebas o reexaminar hechos. **Quinto:** Que, en cuanto al artículo 221 del Código Sustantivo, éste contiene las causales de anulabilidad del acto jurídico, norma que tampoco resulta pertinente conforme a lo señalado en el considerando precedente. **Sexto:** Que, es importante señalar que, en el recurso de casación no cabe la aplicación del principio "lura novit curia", por tratarse de - un recurso extraordinario y no constituir una tercera instancia, por lo que se limita a analizar las denuncias invocadas por el o los recurrentes, salvo situaciones excepcionales como la fijada por esta Suprema Corte en la Casación número mil ochocientos sesenta y cuatro -dos mil- SAN ROMAN de fecha siete de marzo del dos mil uno, que expresamente señala "(...) la declaración de nulidad de " oficio (...) es una consecuencia inherente a la nulidad ipso jure del acto nulo; se trata de una facultad conferida a los jueces en forma excepcional y le permite declarar la sentencia, aunque no haya sido alegada en el petitorio de la demanda, en el de la reconvención, ni en las contestaciones, mediante las cuales se ejercita el derecho de contradicción". **Sétimo:** Que, así también, del escrito de casación se advierte que los recurrentes no cuestionan la aplicación indebida de normas de derecho material ni la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido, por lo tanto han consentido que las normas invocadas por el Ad quem son correctas y resultan aplicables al caso que nos ocupa, y que tampoco han sufrido vulneración a sus derechos o simplemente que los mismos no revisten la trascendencia necesaria para ser denunciados. **Octavo:** Que, con posterioridad a mi designación como Vocal dirimente, las partes presentaron los siguientes documentos, solicitando en base a ellos que se declare concluido el proceso: a) Escritura Pública de Cesión de Derechos, de fecha veintisiete de septiembre del dos mil seis, celebrado por el actor en calidad de cedente y como cesionarios la sociedad conyugal demandada, advirtiéndose que en dicho documento no participan la totalidad de las partes en el proceso como es la codemandada Man Chi Vi Lee, quien se encuentra apersonada al proceso mediante escrito de fecha diecisiete de octubre del dos mil seis; b) Escritura Pública de Renuncia a la titularidad de las pretensiones, realizadas por los codemandados, de fecha diecinueve de octubre del dos mil seis; c) Escritura Pública de Declaración Unilateral de Ratificación y Confirmación de acto jurídico, de fecha veintisiete de septiembre del dos mil seis, realizada por el demandante José Marcelino Velásquez Aviles, donde ratifica el poder que le confirió a su ex cónyuge para que disponga de sus derechos y acciones sobre el inmueble materia del proceso y asimismo confirma el acto jurídico de compraventa; es así que, el Colegiado de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema mediante resolución de fecha veintiséis de diciembre del dos mil seis ha resuelto declarar improcedentes los pedidos formulados, en consecuencia carece de objeto analizar los mismos y pronunciarme sobre ellos.-

S. ROMAN SANTISTEBAN

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LOS SEÑORES VOCALES SUPREMOS:

CAROAJULCA BUSTAMANTEY MANSILLA NOVELLA, SON COMO SIGUE: y

CONSIDERANDO: Primero: Que, esta Sala Civil mediante resolución de fecha treinta y uno de mayo del presente año, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por los demandados por la causal prevista en el inciso 2º del artículo 386

del Código Procesal Civil, relativo a la inaplicación de los artículos 161, 162, 163 y 221 del Código Civil; debiéndose dejar constancia que los demandados, como es de verse del recurso de casación, no denunciaron la inaplicación del artículo 161 del Código Sustantivo. **Segundo:**

Que, por resolución casatoria de fajas trescientos veintisiete su fecha dos de agosto del dos mil cinco, se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por los demandados, ordenándose que el Colegiado Superior emita nuevo fallo teniendo en cuenta los considerandos de dicha resolución. **Tercero:** Que, la mencionada resolución suprema establece en su quinto considerando que la denuncia del demandante está dirigida a cuestionar un acto jurídico celebrado por su representante, excediendo los límites de las facultades que le confirió, lo que está sancionado con la ineficacia, conforme a lo establecido en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del falso procurador, cuya sanción es sólo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado, diferente a la figura de nulidad del acto jurídico, tratándose de instituciones, que por su naturaleza son distintas pues tienen causas y efectos diferentes. **Cuarto:** Que, igualmente en el sexto considerando de la resolución suprema se señala que habiendo el Colegiado arribado a las mismas conclusiones no correspondía emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. **Quinto:** Que, la resolución superior impugnada de fojas trescientos cuarenta y dos en su cuarto considerando, señala que siguiendo los lineamientos de la Suprema Sala Civil Permanente, corresponde realizar el análisis de la materia controvertida; empero, es de verse de la misma que no sigue los lineamientos dictados por éste Supremo Tribunal, declarando nulo el contrato de compra venta celebrado entre la cónyuge del demandante y los demandados, declarando fundada la demanda en todos sus extremos. **Sexto:** Que, el artículo 161 del Código Civil, no denunciado por los demandados y citado por ésta Sala Civil en su resolución casatoria de fojas trescientos veintisiete, prevé la representación directa sin poder en los casos en los que el representante excede los límites de las facultades o los viola, o también en el caso de que alguien se atribuya una representación que no tiene. **Sétimo:** Que, en todas las hipótesis antes citadas, el acto jurídico celebrado por el representante con el tercero contratante es ineficaz respecto del representado, dependiendo su eficacia del dominus en cuanto a la ratificación del acto. **Octavo:** Que, el artículo 162 del Código Civil determina que en los casos previstos por el artículo 161 del propio texto legal, el acto jurídico puede ser ratificado por el representante observando la forma prescrita para su celebración; la ratificación deja a salvo la responsabilidad del representante y hace posible que los actos jurídicos que haya celebrado adquieran eficacia abinitio. **Noveno:** Que, de otro lado, el artículo 163 del Código Civil también denunciado, expone que el acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada; planteando dos hipótesis: a) que sea la voluntad del representante la que ha sido afectada con un vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; b) que sea la voluntad del representado la afectada por el vicio. **Décimo:**

Que, el artículo 221 del Código Sustantivo, establece que el acto jurídico es anulable, al igual que el nulo, solamente por las causales que enumera con carácter taxativo. 1

Décimo Primero: Que, el Colegiado Superior en el considerando décimo cuarto de la resolución impugnada señala que el poder otorgado por el demandante a su cónyuge contenía un mandato general, mas no un mandato especial o expreso, afirmando de este modo que se habría excedido en los límites de sus facultades, ubicando al hecho controvertido en el supuesto del artículo 161 del Código Civil, como lo hiciera ésta Sala Civil en su resolución casatoria de fojas trescientos veintisiete. **Décimo Segundo:** Que, siendo esto así, el acto jurídico cuya nulidad se demanda no adolece de vicio alguno de nulidad absoluta sino relativa, por tratarse de un acto que se puede ratificar.

Décimo Tercero: Que, los hechos demandados constituyen un caso subsumido en la figura del falsus procurator al haberse celebrado por la apoderada del actor extralimitándose en sus facultades, por lo que el acto jurídico está viciado de nulidad relativa y al haberse demandado la nulidad absoluta, la acción deviene en

improcedente a tenor de lo que previene el artículo 427, inciso 5° del Código Adjetivo, y artículo 121, in fine, del propio Código. Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 396 inciso 1° del Código Procesal Civil: Nuestro **VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Juan Chac Lam Siu y Lee Siullng de Siu; en consecuencia, **CASAR** la resolución de vista de fajas trescientos cuarenta y dos, su fecha veintidós de diciembre del dos mil cinco, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao; y actuando en sede de instancia: se **CONFIRME** la sentencia de Primera Instancia de fajas ciento cuarenta y seis a ciento cuarenta y ocho, de fecha treinta y uno de julio del dos mil dos, que declara infundada la demanda de fajas treinta y nueve a cuarenta y tres en todos sus extremos, debiendo entenderse como **IMPROCEDENTE**; en los seguidos por don José Marcelino Velásquez Aviles sobre nulidad de contrato.

SS. CARO A, JULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA C-56272-33

Publicado 31-05-07 Página 19400

JURISPRUDENCIA 8 ARTICULO 163

CASO N° 2113-96 LAMBAYEQUE

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en Audiencia Pública el 28 del mes y año en curso emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por el apoderado de la Caja de Ahorros de Lima - Sucursal Chiclayo, en Liquidación mediante escrito de fojas 182 contra la resolución de vista de fojas 158, se fecha 17 de julio de 1998, expedida por la primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que revocando en discordia la resolución apelada de fojas 142 su fecha 8 de mayo del mismo año, declara fundada la contradicción y por concluido el proceso; con lo demás que contiene:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La casación se funda en **a)** La aplicación indebida de los artículos 221 inciso 1° y 163 del Código Civil; **b)** La interpretación errónea del artículo 167 del Código Civil; y **c)** La inaplicación de los artículos 2012 y 2013 del Código Civil.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que concedido el Recurso de Casación a fojas 186, fue declarado procedente por resolución del 2 de octubre del año en curso por las causales previstas en los incisos 1° y 2° del artículo 386 del Código Adjetivo.

Segundo.- Que, la resolución impugnada considera que al momento de suscribir el contrato, doña Ana María Arce Vega carecía de capacidad suficiente de representación pues por si sola no podía ejercer el mandato; y que, en consecuencia, el acto jurídico que contiene el contrato de mutuo se encuentra viciado conforme al inciso 1° del artículo 221, concordante con el artículo 163 y 167 del Código Civil por cuanto la voluntad del representante nació viciada desde que no tenía capacidad legal para actuar.

Tercero.- Que, el referido inciso 1° del artículo 221 establece que el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente; por lo que es necesario concordar dicha norma con el artículo 44 del Código Sustantivo que enumera taxativamente quienes son relativamente incapaces.

Cuarto.- Que, en esta última norma no se incluye al representante que carece de capacidad suficiente de representación, por lo que la referencia al inciso 1° del artículo 221 del Código Civil resulta impertinente.

Quinto.- Que, siendo esto así, resulta evidente que también se ha aplicado indebidamente el artículo 163 del precitado Cuerpo Legal y que se ha interpretado erróneamente el artículo 167 del mismo Código, por cuanto en el supuesto que se hubiere otorgado irregularmente el mutuo hipotecario, tal irregularidad causaría

agravio a la entidad acreedora demandante - que no ha denunciado el vicio - más no a los deudores demandados.

Sexto.- Que, de otro lado, en el caso del referido mutuo es de aplicación lo que preceptúan los artículos 2012 y 2013 del Código Civil.

SENTENCIA:

Por estas razones, en concordancia con lo que preceptúa el inciso 1º del artículo 396 del Código Adjetivo, declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por la Caja de Ahorros de Lima Sucursal Chiclayo, en liquidación; en consecuencia, **CASARON** la resolución de vista de fajas 158, su fecha 17 de julio de 1998, y, actuado en sede de instancia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia de fajas 142, su fecha 8 de mayo del presente año, que declara **INFUNDADA** la contradicción deducida por los ejecutados, y ordena se saque a remate el bien inmueble sub litis; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos con don José Ellas Puican Quesquen y otros sobre Ejecución de Garantías; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; ORTIZ; SÁNCHEZ PALACIOS; CASTILLO LRS.

JURISPRUDENCIA 9 ARTICULO 156

CASO N° 1815-2006 CALLAO

Sumilla: " ... se alegó indebidamente que bajo el supuesto negado de no gozar del poder especial, el acto jurídico sería anulable o viciado de nulidad relativa y por ende al haberse demandado la nulidad absoluta, la demanda deviene en improcedente ... "

" ... En materia de representación, nuestro ordenamiento civil en su artículo 163 prevé la anulabilidad del acto jurídico, cuando la voluntad del actor ha sido viciada. En el presente caso, se ha establecido un supuesto de hecho distinto, esto es, la falta o ausencia de manifestación de voluntad, por lo que no es un problema de incapacidad relativa, error, dolo, violencia, intimidación o simulación, y los recurrentes no demuestran la pertinencia del artículo 221 del Código Civil a los hechos establecidos en la instancia ... "

" ... En anterior pronunciamiento, y según sentencia de fecha seis de enero del dos mil cuatro, corriente a fajas doscientos veintidós, la Sala Superior estableció que el poder otorgado por el actor a doña Man Chi Yi Lee fue de carácter genérico, que de acuerdo a los extremos del mandato el apoderado debía velar por el resguardo, acrecentamiento o beneficios económicos del demandado, y que la apoderada había excedido ampliamente su mandato, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, declaró nulo el contrato de compra venta. Esa sentencia fue casada por la de fecha dos de agosto del dos mil cinco, corriente a fajas trescientos veintisiete, por la causal prevista en el inciso 3º del artículo 386 del Código Procesal Civil, como se había denunciado por los recurrentes, pues el Colegiado Superior estableció una causal de anulabilidad, y no aplicó lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 221 del Código Civil. ... "

" ... En esta oportunidad, la sentencia de vista, ha llegado a una conclusión distinta, esto es que existe una causal de nulidad y aplica el artículo 219 inciso 1º del Código Civil, que es también fundamento legal de la demanda, y de otro lado, los recurrentes en el recurso que se resuelve, no han aducido vicio procesal alguno ... "

CASO N° 1815-2006 CALLAO.

Lima, veintiséis de enero del dos mil siete.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa en discordia el día veinticuatro de octubre del dos mil seis y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Juan Chac Lam Siu y Lee Siu Ling de Siu contra la Resolución de vista de fajas trescientos cuarenta y dos, su fecha veintidós de diciembre del dos mil cinco, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que revocando la apelada de fajas ciento cuarenta y seis, su fecha treinta y uno de julio del dos mil dos,

la reforma declarando fundada la demanda en todos sus extremos; con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha treinta y uno de mayo del dos mil seis, por la causal contenida en el inciso 2° del artículo 386 del Código Procesal Civil, denunciándose que se ha inaplicado los artículos 161, 162, 163 y 221 del Código Civil, alegando que los hechos demandados constituyen un caso subsumido en la figura del falsus procurator, según las normas denunciadas, al haberse celebrado por la apoderada del actor extralimitándose supuestamente en sus facultades. Bajo el supuesto negado de no gozar del poder especial, el acto jurídico sería anulable o viciado de nulidad relativa y por ende al haberse demandado la nulidad absoluta, la demanda deviene en improcedente.

3. CONSIDERANDO:

Primero: El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme lo señala el artículo 384 del Código Procesal Civil. **Segundo:** La sentencia de vista ha establecido como juicio de hecho, que el poder otorgado por el demandante a su cónyuge, contenía un mandato general, mas no la facultaba a transferir las acciones y derechos de la sociedad conyugal en los inmuebles que indica, y que el actor no manifestó su voluntad en el acto jurídico de compra venta, cuya nulidad se persigue, por lo que en conformidad con el artículo 219 inciso 1° del Código Civil declara nulo el contrato de compra venta celebrado por la cónyuge del actor con los demandados Juan Chac Lam Siu y Lee Siu Ling de Sil]. Se sustenta además en lo dispuesto en los artículos 292, 155 y 1792 del mismo Código.

Tercero: Los recurrentes no han impugnado, en su recurso de casación, la aplicación de los dispositivos legales antes citados en que se sustenta la de vista, referentes a la causal de nulidad absoluta del acto jurídico por ausencia de voluntad del agente, la representación de la sociedad conyugal, los alcances del poder general y del especial, y la extensión del mandato. Por tanto han consentido su aplicación en la instancia y han quedado firmes.

Cuarto: Los recurrentes en cuanto a su denuncia de inaplicación de normas de derecho material, como ya se ha reseñado, sostienen que se trata de un caso del falsus procurator, pues la apoderada codemandada, Man ChiYi Lee, se habría excedido ampliamente en el mandato conferido por el actor, por lo que el acto estaría sujeto a una ratificación, por ende sería anulable y debería haberse aplicado las normas contenidas en los artículos 161 y 162 del Código Civil.

Quinto: El artículo 161 del Código Civil contiene tres hipótesis concretas que determinan la ineficacia del acto jurídico con relación al representado: a) el celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido; b) el celebrado por el representante violando el texto expreso del poder que se le ha otorgado; y c) el celebrado por persona que no tiene la representación que se le atribuye; pero como se ha señalado, la instancia de mérito ha establecido un supuesto de hecho distinto, con relación al cual no resulta la subsunción de dicha norma.

Sexto: En materia de representación, nuestro ordenamiento civil en su artículo 163 prevé la anulabilidad del acto jurídico, cuando la voluntad del actor ha sido viciada. En el presente caso, se ha establecido un supuesto de hecho distinto, esto es, la falta o ausencia de manifestación de voluntad, por lo que no es un problema de incapacidad relativa, error, dolo, violencia, intimidación o simulación, y los recurrentes no demuestran la pertinencia del artículo 221 del Código Civil a los hechos establecidos en la instancia.

Sétimo: En anterior pronunciamiento, y según sentencia de fecha seis de enero del dos mil cuatro, corriente a fajas doscientos veintidós, la Sala Superior estableció que el poder otorgado por el actor a doña Man Chi Yi Lee fue de carácter genérico, que de acuerdo a los extremos del mandato el apoderado debía velar por el resguardo,

acrecentamiento o beneficios económicos del demandado, y que la apoderada había excedido ampliamente su mandato, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, declaró nulo el contrato de compra venta. Esa sentencia fue casada por la de fecha dos de agosto del dos mil cinco, corriente a fajas trescientos veintisiete, por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil, como se había denunciado por los recurrentes, pues el Colegiado Superior estableció una causal de anulabilidad, y no aplicó lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 221 del Código Civil.

Octavo: En esta oportunidad, la sentencia de vista, ha llegado a una conclusión distinta, esto es que existe una causal de nulidad y aplica el artículo 219 inciso 1° del Código Civil, que es también fundamento legal de la demanda, y de otro lado, los recurrentes en el recurso que se resuelve, no han aducido vicio procesal alguno.

Noveno: En casación no es de aplicación el principio "Iura Novit Curia" recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, y no es posible exceder la causa "petendi" del recurso.

4. DECISION: a) Por estas consideraciones y estando a lo establecido en los artículos 397, 398 y 399 del: Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Juan Chac Lam Siu y Lee Siu Ling de Siu; en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fajas trescientos cuarenta y dos, su fecha veintidós de diciembre del dos mil cinco. En los seguidos por don José Marcelino Velásquez Avilés sobre nulidad de acto jurídico. b) **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, ROMAN SANTISTEBAN, SANTOS PENA, MIRANDA CANALES

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO JAVIER ROMAN SANTISTEBAN, ADEMAS DE LOS GLOSADOS. SON COMO SIGUE: Y

CONSIDERANDO: Primero: Que, mediante resolución de fecha treinta y uno de mayo del dos mil seis, la Sala declaró procedente el presente recurso por la causal de inaplicación de los artículos 161, 162, 163 y 221 del Código Civil; sin embargo, este Colegiado quiere dejar constancia que los recurrentes en su escrito de casación de fojas cuatrocientos cinco, no denunciaron el primero de los citados artículos.

Segundo: Que, la resolución recurrida, se fundamenta en la falta de manifestación de voluntad del accionante, prevista como causal de nulidad en el inciso 1° del artículo 219 del Código Civil, toda vez que el poder con el cuál actuó su cónyuge para transferir los derechos y acciones que tenía en los Lotes uno y dos, y sobre su edificación, ubicado en la Manzana "V" de la Urbanización Residencial Higuiereta, Sexta Etapa, con numeración municipal de Avenida Aviación número cuatro mil quinientos cinco y cuatro mil quinientos cuarenta y tres, distrito de Santiago de Surco; era un poder general que se aplica para los actos de administración, mas no para disponer de los mismos, siendo necesario para ello un mandato especial o expreso.

Tercero: Que, la resolución materia de casación fue expedida observando lo dispuesto en la Casación número mil setentitrés -dos mil cuatro-CALLAO de fecha dos de agosto del dos mil cinco, que amparando la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, ordenó que la Sala emitan nuevo fallo al advertir una falta de congruencia entre la parte considerativa y la resolutive, puesto que, el Colegiado Superior declaraba la nulidad del acto jurídico al haberse acreditado que la apoderada había excedido largamente el mandato conferido por el actor, situación que no es causal de nulidad sino de anulabilidad. **Cuarto:** Que, respecto a las normas amparadas tenemos que, los artículos 161, 162 y 163 del Código Civil, están referidos a los actos jurídicos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades conferidas o violándolas, siendo ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a

terceros; y en dichos supuestos, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado, surtiendo efectos retroactivos pero dejando a salvo el derecho de tercero y el último de los citados artículos contiene el supuesto de la anulabilidad del acto jurídico si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Así tenemos que, del análisis de la sentencia recurrida y sus fundamentos, las normas enunciadas no resultan pertinentes ni guardan relación con el fondo de la litis, y es que la Sala Superior ha establecido en base a las pruebas aportadas y valoradas en el proceso, así como al petitorio de la demanda, que el actor José Marcelino Velásquez Aviles no manifestó su voluntad de disponer de los bienes inmuebles cuya nulidad demanda, en consecuencia se ha configurado la causal prevista en el artículo 219 inciso 1° del citado cuerpo legal, no siendo fines del presente recurso el revalorar pruebas o reexaminar hechos. **Quinto:** Que, en cuanto al artículo 221 del Código Sustantivo, éste contiene las causales de anulabilidad del acto jurídico, norma que tampoco resulta pertinente conforme a lo señalado en el considerando precedente. **Sexto:** Que, es importante señalar que, en el recurso de casación no cabe la aplicación del principio "lura novit curia", por tratarse de - un recurso extraordinario y no constituir una tercera instancia, por lo que se limita a analizar las denuncias invocadas por el o los recurrentes, salvo situaciones excepcionales como la fijada por esta Suprema Corte en la Casación número mil ochocientos sesenta y cuatro -dos mil- SAN ROMAN de fecha siete de marzo del dos mil uno, que expresamente señala "(...) la declaración de nulidad de oficio (...) es una consecuencia inherente a la nulidad ipso jure del acto nulo; se trata de una facultad conferida a los jueces en forma excepcional y le permite declarar la sentencia, aunque no haya sido alegada en el petitorio de la demanda, en el de la reconvención, ni en las contestaciones, mediante las cuales se ejercita el derecho de contradicción". **Sétimo:** Que, así también, del escrito de casación se advierte que los recurrentes no cuestionan la aplicación indebida de normas de derecho material ni la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido, por lo tanto han consentido que las normas invocadas por el Ad quem son correctas y resultan aplicables al caso que nos ocupa, y que tampoco han sufrido vulneración a sus derechos o simplemente que los mismos no revisten la trascendencia necesaria para ser denunciados. **Octavo:** Que, con posterioridad a mi designación como Vocal dirimente, las partes presentaron los siguientes documentos, solicitando en base a ellos que se declare concluido el proceso: a) Escritura Pública de Cesión de Derechos, de fecha veintisiete de septiembre del dos mil seis, celebrado por el actor en calidad de cedente y como cesionarios la sociedad conyugal demandada, advirtiéndose que en dicho documento no participan la totalidad de las partes en el proceso como es la codemandada Man Chi Vi Lee, quien se encuentra apersonada al proceso mediante escrito de fecha diecisiete de octubre del dos mil seis; b) Escritura Pública de Renuncia a la titularidad de las pretensiones, realizadas por los codemandados, de fecha diecinueve de octubre del dos mil seis; c) Escritura Pública de Declaración Unilateral de Ratificación y Confirmación de acto jurídico, de fecha veintisiete de septiembre del dos mil seis, realizada por el demandante José Marcelino Velásquez Aviles, donde ratifica el poder que le confirió a su ex cónyuge para que disponga de sus derechos y acciones sobre el inmueble materia del proceso y asimismo confirma el acto jurídico de compraventa; es así que, el Colegiado de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema mediante resolución de fecha veintiséis de diciembre del dos mil seis ha resuelto declarar improcedentes los pedidos formulados, en consecuencia carece de objeto analizar los mismos y pronunciarme sobre ellos.-

S. ROMAN SANTISTEBAN

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LOS SEÑORES VOCALES SUPREMOS:

CAROAJULCA BUSTAMANTE Y MANSILLA NOVELLA, SON COMO SIGUE: y

CONSIDERANDO: Primero: Que, esta Sala Civil mediante resolución de fecha treinta y uno de mayo del presente año, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por los demandados por la causal prevista en el inciso 2° del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativo a la inaplicación de los artículos 161, 162, 163 Y 221

del Código Civil; debiéndose dejar constancia que los demandados, como es de verse del recurso de casación, no denunciaron la inaplicación del artículo 161 del Código Sustantivo. **Segundo:**

Que, por resolución casatoria de fajas trescientos veintisiete su fecha dos de agosto del dos mil cinco, se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por los demandados, ordenándose que el Colegiado Superior emita nuevo fallo teniendo en cuenta los considerandos de dicha resolución. **Tercero:** Que, la mencionada resolución suprema establece en su quinto considerando que la denuncia del

demandante está dirigida a cuestionar un acto jurídico celebrado por su representante, excediendo los límites de las facultades que le confirió, lo que está sancionado con la ineficacia, conforme a lo establecido en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del falso procurador, cuya sanción es sólo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado, diferente a la figura de nulidad del acto jurídico, tratándose de instituciones, que por su naturaleza son distintas pues tienen causas y efectos diferentes. **Cuarto:** Que, igualmente en el sexto considerando de la resolución suprema se señala que habiendo el Colegiado arribado a las mismas conclusiones no correspondía emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. **Quinto:** Que, la resolución superior impugnada de fajas trescientos cuarenta y dos en su cuarto considerando, señala que siguiendo los lineamientos de la Suprema Sala Civil Permanente, corresponde realizar el análisis de la materia controvertida; empero, es de verse de la misma que no sigue los lineamientos dictados por éste Supremo Tribunal, declarando nulo el contrato de compra venta celebrado entre la cónyuge del

demandante y los demandados, declarando fundada la demanda en todos sus extremos. **Sexto:** Que, el artículo 161 del Código Civil, no denunciado por los demandados y citado por ésta Sala Civil en su resolución casatoria de fajas trescientos veintisiete, prevé la representación directa sin poder en los casos en los que el representante excede los límites de las facultades o los viola, o también en el caso de que alguien se atribuya una representación que no tiene. **Sétimo:** Que, en todas las hipótesis antes citadas, el acto jurídico celebrado por el representante con el tercero contratante es ineficaz respecto del representado, dependiendo su eficacia del dominus en cuanto a la ratificación del acto. **Octavo:** Que, el artículo 162 del Código Civil determina que en los casos previstos por el artículo 161 del propio texto legal, el acto jurídico puede ser ratificado por el representante observando la forma prescrita para su celebración; la ratificación deja a salvo la responsabilidad del representante y hace posible que los actos jurídicos que haya celebrado adquieran eficacia abinitio.

Noveno: Que, de otro lado, el artículo 163 del Código Civil también denunciado, expone que el acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada; planteando dos hipótesis: a) que sea la voluntad del representante la que ha sido afectada con un vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; b) que sea la voluntad del representado la afectada por el vicio. **Décimo:** Que, el artículo 221 del Código Sustantivo, establece que el acto jurídico es anulable, al igual que el nulo, solamente por las causales que enumera con carácter taxativo. 1 **Décimo Primero:** Que, el Colegiado Superior en el considerando décimo cuarto de la resolución impugnada señala que el poder otorgado por el demandante a su cónyuge contenía un mandato general, mas no un mandato especial o expreso, afirmando de este modo que se habría excedido en los límites de sus facultades, ubicando al hecho controvertido en el supuesto del artículo 161 del Código Civil, como lo hiciera ésta Sala Civil en su resolución casatoria de fajas trescientos veintisiete. **Décimo Segundo:** Que, siendo esto así, el acto jurídico cuya nulidad se demanda no adolece de vicio alguno de nulidad absoluta sino relativa, por tratarse de un acto que se puede ratificar. **Décimo Tercero:** Que, los hechos demandados constituyen un caso subsumido en la figura del falsus procurator al haberse celebrado por la apoderada del actor extralimitándose en sus facultades, por lo que el acto jurídico está viciado de nulidad relativa y al haberse demandado la nulidad absoluta, la acción deviene en improcedente a tenor de lo que previene el artículo 427, inciso 50 del Código Adjetivo,

y artículo 121, in fine, del propio Código. Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 396 inciso 1º del Código Procesal Civil: Nuestro **VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Juan Chac Lam Siu y Lee Siullng de Siu; en consecuencia, **CASAR** la resolución de vista de fajas trescientos cuarenta y dos, su fecha veintidós de diciembre del dos mil cinco, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao; y actuando en sede de instancia: se **CONFIRME** la sentencia de Primera Instancia de fajas ciento cuarenta y seis a ciento cuarenta y ocho, de fecha treinta y uno de julio del dos mil dos, que declara infundada la demanda de fajas treinta y nueve a cuarenta y tres en todos sus extremos, debiendo entenderse como **IMPROCEDENTE**; en los seguidos por don José Marcelino Velásquez Aviles sobre nulidad de contrato.

SS. CARO A, JULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA C-56272-33

JURISPRUDENCIA 10 ARTICULO 156

CASO N° 831-2002

Sumilla: " ... en el presente caso el tema central de la controversia (nulidad de acto jurídico) radica en establecer si el apoderado tenía facultades para celebrar la escritura de garantía hipotecaria, recibiendo un crédito a su favor y el de su cónyuge garantizando el préstamo con el inmueble de propiedad de su mandante. Analizados los elementos probatorios aportados al proceso se llega a la conclusión de que el apoderado ha excedido los límites del poder que se le ha otorgado en interés de su mandante, pues el apoderado conjuntamente con su cónyuge se han favorecido con el préstamo bancario, contrariando normas que interesan al orden público. En tal virtud la sentencia de vista ha interpretado el acto jurídico de acuerdo con lo que se ha expresado en él y según el principio de la buena fe, por lo que en rigor no se ha producido una errónea interpretación de la norma, lo que conduce a establecer que la causal de casación bajo análisis resulta infundada ... "

" ... el mandatario cumple una función por cuenta y en interés del mandante, conforme lo establece el antes citado artículo 1790 del Código Sustantivo, por lo que habiéndose determinado con suma claridad por las instancias de mérito que Efraín Campos Céspedes y doña Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos (tercera a quien no se le ha otorgado facultades de representación), han celebrado un contrato de mutuo hipotecario con el Banco Popular del Perú en liquidación, recibiendo un préstamo de dinero en su beneficio personal, poniendo en garantía hipotecaria el inmueble de propiedad de la demandante, resulta nulo el acto jurídico por tener fin ilícito conforme a lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 219 del Código Civil, pues el apoderado se ha extralimitado en sus facultades, llegándose a la determinación de que no resulta pertinente aplicar el artículo 155 del Código Civil al presente caso, pues los hechos controvertidos no se subsumen dentro del supuesto fáctico de dicho numeral.

" ... conforme se advierte de la copia de la Ejecutoria Suprema obrante a fajas cuatrocientos seis, su fecha veintisiete de junio del dos mil, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, los citados Efraín Campos Céspedes y Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos han sido condenados como autores del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa en agravio de doña Julia Pinazo Del Carpio; sin perjuicio de que deben cancelar la deuda pendiente al Banco Popular del Perú ... "

CAS. N° 831-2002 CUSCO.

Lima, veintinueve de setiembre del dos mil tres.-

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, vista la causa con los acompañados, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

1.MATERIA DEL RECURSO: Es materia del recurso de casación la sentencia de vista de fajas cuatrocientos veintitrés, su fecha veintiuno de diciembre del dos mil uno, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que confirmando la sentencia apelada de fajas trescientos sesentitrés, declara fundada en parte la demanda, esto es, fundada la pretensión de nulidad de acto jurídico; en consecuencia, nulo y sin efecto el acto jurídico de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventidós, que contiene el otorgamiento de crédito con garantía hipotecaria; con lo demás que contiene; en los seguidos por doña Julia Pinazo Del Carpio viuda de Díaz con el Banco Popular del Perú en liquidación y otros, sobre nulidad de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios.

2.FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución obrante a fajas veintidós del cuaderno de casación, su fecha nueve de julio del dos mil dos, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Banco Popular del Perú en liquidación, por las causales previstas en los incisos 1^o y 2^o del artículo 386 del Código Procesal Civil, al amparo de las cuales se denuncia: a) la interpretación errónea del artículo 168 del Código Civil y, b) la inaplicación del artículo 155 del Código Civil, señalando que debió ser concordado con el artículo 156 del mismo texto legal.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- El Banco impugnante aduce que en la sentencia de vista se ha interpretado erróneamente el artículo 168 del Código Civil al darse un contenido nuevo e inexistente a la escritura de poder recaudada a la demanda; que tratándose la escritura de poder de un acto unilateral no es posible invocar la común intención de las partes para efectos de interpretar el acto jurídico, pues es una sola persona quien expresa su voluntad de conferir a otra facultades para que actúe en su representación. El artículo 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Segundo.- Para determinar si en el presente caso se ha interpretado erróneamente el artículo 168 del Código Civil debe analizarse también los hechos aportados al proceso, de los cuales se tiene lo siguiente: De la revisión del testimonio de la escritura pública de poder especial obrante a fajas cuatro, su fecha once de noviembre de mil novecientos noventiuno, se advierte que la demandante otorgó poder especial a favor de Efraín Campos Céspedes, para que en representación de su persona, acciones y derechos dé en garantía el inmueble sito en Avenida San Jerónimo número quinientos cuarenticuatro, Umacollo, Arequipa, a favor del Banco Popular del Perú, sucursal Cusca, pudiendo al efecto firmar las minutas y escrituras correspondientes de conformidad con el artículo 156 del Código Civil. De fajas siete se advierte que el citado Efraín Campos Céspedes, conjuntamente con su cónyuge doña Silvia Amanda Díaz Calderón, ambos por su propio derecho, y además el primero como apoderado de doña Julia Pinazo Del Carpio viuda de Díaz, celebraron con el Banco Popular del Perú una escritura pública de otorgamiento de crédito con garantía hipotecaria, su fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventidós, por el cual el Banco a solicitud de aquél le concede un crédito de hasta treinta mil dólares americanos, como préstamo a corto plazo, bajo la modalidad de pagaré a noventa días, y en garantía del préstamo otorgado Efraín Campos Céspedes en representación de su mandante, la propietaria, Julia Pinazo Carpio viuda de Díaz, constituye a favor del Banco primera y preferente hipoteca hasta por treinta mil dólares americanos sobre el antes citado inmueble de su mandante. Cabe señalar que por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante conforme lo establece el artículo 1790 del Código Civil.

Tercero.- De lo expuesto emerge que en el presente caso el tema central de la controversia (nulidad de acto jurídico) radica en establecer si el apoderado tenía facultades para celebrar la escritura de garantía hipotecaria, recibiendo un crédito a su favor y el de su cónyuge garantizando el préstamo con el inmueble de propiedad de su mandante. Analizados los elementos probatorios aportados al proceso se llega ala

conclusión de que el apoderado ha excedido los límites del poder que se le ha otorgado en interés de su mandante, pues el apoderado conjuntamente con su cónyuge se han favorecido con el préstamo bancario, contrariando normas que interesan al orden público. En tal virtud la sentencia de vista ha interpretado el acto jurídico de acuerdo con lo que se ha expresado en él y según el principio de la buena fe, por lo que en rigor no se ha producido una errónea interpretación de la norma, lo que conduce a establecer que la causal de casación bajo análisis resulta infundada.

Cuarto.- En cuanto respecta a la causal de inaplicación del artículo 155 del Código Civil se arguye que dicha norma debió ser concordada con el artículo 156 del mismo ordenamiento legal, en razón que el aludido numeral señala que el poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido y en ese sentido el poder del demandado Efraín Campos Céspedes resultaba suficiente para suscribir la escritura, máxime si la calidad con la que intervino la demandante en la mencionada escritura pública fue la de hipotecante y no de mutuataria, no pudiéndose sostener que el poder fue otorgado para que obtenga un crédito a su favor. El artículo 155 del Código Civil establece que el poder general sólo comprende los actos de administración. El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

Quinto.- Para determinar si en efecto se ha infringido la norma invocada por inaplicación de la misma, conforme a los hechos aportados al proceso ya expuestos precedentemente, debe tenerse en cuenta que el mandatario cumple una función por cuenta y en interés del mandante, conforme lo establece el antes citado artículo 1790 del Código Sustantivo, por lo que habiéndose determinado con suma claridad por las instancias de mérito que Efraín Campos Céspedes y doña Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos (tercera a quien no se le ha otorgado facultades de representación), han celebrado un contrato de mutuo hipotecario con el Banco Popular del Perú en liquidación, recibiendo un préstamo de dinero en su beneficio personal, poniendo en garantía hipotecaria el inmueble de propiedad de la demandante, resulta nulo el acto jurídico por tener fin ilícito conforme a lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 219 del Código Civil, pues el apoderado se ha extralimitado en sus facultades, llegándose a la determinación de que no resulta pertinente aplicar el artículo 155 del Código Civil al presente caso, pues los hechos controvertidos no se subsumen dentro del supuesto fáctico de dicho numeral.

Sexto.- Más aún, con relación a estos hechos, conforme se advierte de la copia de la Ejecutoria Suprema obrante a fojas cuatrocientos seis, su fecha veintisiete de junio del dos mil, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, los citados Efraín Campos Céspedes y Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos han sido condenados como autores del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa en agravio de doña Julia Pinazo Del Carpio; sin perjuicio de que deben cancelar la deuda pendiente al Banco Popular del Perú; estos fundamentos también conducen a establecer que el recurso de casación por la causal denunciada resulta infundado. **4.**

DECISIÓN: Estando a las consideraciones expuestas y en observancia de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil: a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos treinticuatro, interpuesto por el Banco Popular del Perú en liquidación; en consecuencia, decidieron **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos veintitrés, su fecha veintiuno de diciembre del dos mil uno, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco. **b) CONDENARON** al Banco recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. e) DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad, en los seguidos por doña Julia Pinazo Del Carpio viuda de Díaz sobre nulidad de acto jurídico y otros conceptos; y los devolvieron, SS. ALFARO ALVAREZ, CARRION LUGO, HUAMANI LLAMAS, CARO A JULCA BUSTAMANTE, MOLINA ORDOÑEZ C-42205

JURISPRUDENCIA 11 ARTICULO 156**CASO N° 1330-2003**

Sumilla: " ... como se ha glosado en el sétimo considerando de la sentencia de vista, en la referida escritura pública de poder no se le facultó al apoderado a hipotecar el bien para responder obligaciones de terceros, de donde se advierte que la aplicación del artículo ciento cincuentiséis no es indebida ... "

CAS. N-1330-03 UCAYALI. NULIDAD DE ACTO JURÍDICO.

Lima doce de noviembre del dos mil tres.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa numero mil trescientos treinta - dos mil tres, con el acompañado; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha y luego de verificada la votación con arreglo a Ley, por mayoría, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el Banco de Crédito del Perú -Sucursal Pucallpa contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventinueve su fecha quince de abril del año en curso que confirma la sentencia de primera instancia de fecha quince de abril del año en curso que confirma la sentencia de primera instancia de fecha once de octubre del dos mil dos obrante a fajas trescientos setenticuatro que declara fundada la demanda de fajas noventidós; en consecuencia nulos y sin efectos legales, la escritura pública número setecientos cuarenticuatro de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventicinco, por ante el Notario Público Carlos Alberto Caveró Villacrés, otorgado por los demandantes a favor de Víctor Abensur Rengifo, y nulo el asiento registral del asiento uno del folio ciento diecisiete del Tomo dieciocho del Registro de Mandato de Coronel Portillo, asimismo nula la escritura de constitución de garantía hipotecaria número doscientos ochentiuno de fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventa y siete, por ante la Notario Público doctora Giovana Merino Reyna Campodónico, otorgado por Víctor Abensur Rengifo a título de seudo apoderado de los demandantes y en su calidad de gerente general de la empresa Representaciones Importaciones Generales Abensur Sociedad Anónima a favor del Banco de Crédito del Perú, Sucursal Pucallpa mediante el cual se grava el inmueble ubicado en el jirón Raymondi número doscientos setenticinco y doscientos setenticinco "A", de esta ciudad, por la suma de sesentiún mil cuatrocientos cincuentitrés mil Dólares Americanos con cincuentidós centavos de dólar y nulo el asiento registral número diez del folio trescientos treinticuatro del Tomo cuarentitrés del Registro de Propiedad de Coronel Portillo y oportunamente se cursen los partes a los Registros Públicos para su anulación y se fija en la suma de treintiún mil Dólares Americanos la indemnización por concepto de daños morales y perjuicios ocasionados a los demandantes, con lo demás que contiene;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Mediante resolución de fecha cuatro de julio del año en curso obrante a fajas treinticinco, del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de inaplicación de los artículos ciento cuarenta, ciento cuarentiuno, ciento sesentisiete, doscientos diecinueve, mil noventinueve y dos mil catorce del Código Civil y aplicación indebida del artículo ciento cincuentiséis de la norma legal citada, alegando el recurrente, con relación a la primera causal, que tanto la escritura pública de otorgamiento de poder a favor del demandado Víctor Abensur Rengifo como la constitución de garantía hipotecaria otorgada al recurrente reúnen los requisitos de validez desde que existe la: manifestación de voluntad del otorgante, en forma expresa por intermedio de un poder especial para el efecto debidamente inscrito en registros y destinado a constituir gravamen a favor del banco; y conforme al artículo ciento cuarentiuno del Código acotado, la voluntad del otorgante está manifestada en ese título y con facultad plena para ello; que se inaplicó el artículo ciento

sesentisiete relativo a los requisitos de los representantes legales para realizar actos sobre los bienes del representado ya que el gravamen fue constituido por el apoderado también en su condición de gerente general de la empresa Representaciones Importaciones Generales Abensur Sociedad Anónima, el artículo

doscientos diecinueve de Código Civil, también se inaplicó ya que las pretensiones de los demandantes no configuran causales de nulidad previstas en dicha norma desde que la escritura pública de otorgamiento de poder y la de constitución de garantía hipotecaria aludida reúnen todos los requisitos para su validez y finalmente que no fueron aplicados los artículos mil noventinueve y dos mil catorce, toda vez que tanto el poder en escritura pública inscrito como la contratación de la garantía hipotecaria no solo reúnen las formalidades de Ley, sino que han sido celebrados dentro de la buena fe registral, y con relación a la segunda causal" precisa que el artículo ciento cincuentiséis del Código Civil, fue aplicado en forma indebida, señalando que en el poder cuestionado consta expresamente que los demandantes facultaron al demandado para que grave, total o parcialmente el inmueble que fue otorgado en hipoteca al banco y

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la denuncia de error in iudicando relativa a la aplicación.: indebida del artículo ciento cincuentiséis del Código Civil, tiene, como fundamento esencial, en que a decir del recurrente, el encargo que faculta al otorgante de la escritura pública de constitución de garantía consta de modo expreso en el título de poder, para gravar, inscrito en el Registro de Mandatos, pues - según afirma - consta en él; de modo indubitable, que los demandantes lo facultaron para que grave, total o parcialmente, el inmueble que se otorgó en hipoteca a favor del Banco;

Segundo: Que, al respecto es menester advertir que el quinto considerando de la, sentencia de vista ha precisado que efectivamente, el dispositivo legal cuya aplicación indebida se denuncia, prescribe que para, disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, y en ese sentido ha interpretado que dicho dispositivo impone una forma ad solemnitatem al acto jurídico que otorga seguridad tanto al representado como al tercero contratante que adquirirá un derecho con la debida certeza en cuanto a las facultades del representante, hecho que sé omitió insertar en la escritura pública de poder de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventicinco; empero, debe precisarse que como se ha glosado en el sétimo considerando de la sentencia de vista, en la referida escritura pública de poder no se le facultó al apoderado a hipotecar el bien para responder obligaciones de terceros, de donde se advierte que la aplicación del artículo ciento cincuentiséis no es indebida;

Tercero: Que, en lo concerniente a la inaplicación de los artículos ciento cuarenta y ciento cuarentiuno, ciento sesentisiete, doscientos diecinueve, y mil noventinueve del Código Civil, del recurso de casación se advierte a decir del recurrente, que en el contrato de constitución." de garantía hipotecaria celebrado a su favor, existe la manifestación de voluntad del otorgante, en forma expresa por intermedio de un poder especial para el efecto; que sin embargo la conclusión arribada en las sentencias de mérito no se circunscriben a ese tema, habiéndose analizado más bien las razones por las que el acto jurídico contenido en la escritura pública de poder celebrada el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventicinco es nulo, lo que significa la premisa inicial de donde ha partido la decisión judicial que se impugna, extremo que no ha sido impugnado en el recurso in examine;

Cuarto: Que, en lo relativo a la denunciada inaplicación del artículo dos mil catorce del Código Civil; debe advertirse que la misma no se configura en autos, desde que conforme al sexto considerando de la sentencia de vista, dicho dispositivo legal ha sido efectivamente aplicado e interpretado en el sentido que se precisa; deviniendo en infundado el recurso de casación que se analiza; consideraciones por las cuales, Declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fajas quinientos once por el Banco de Crédito del Perú -, Sucursal Pucallpa; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas cuatrocientos noventinueve su fecha quince de . abril del año en curso; **CONDENARON** al recurrentes al pago de las costas y costos originados de la tramitación del presente recurso así como a la multa de tres

unidades de referencia procesal; **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por don Carlos Mario Maldonado García y otra contra el Banco de Crédito del Perú - Sucursal de Pucallpa sobre nulidad de acto jurídico y los devolvieron.- SS. WALDE JAUREGUI, AGUAYO DEL ROSARIO, PACHAS AVALOS, QUINTANILLA QUISPE

EL VOTO DEL SEÑOR LAZARTE HUACO ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO:

Primero: Que, tratándose la presente causa de una pretensión de Nulidad de Actos Jurídicos efectuados por el representante, bajo el argumento de que en el poder respectivas no se hizo constar en forma indubitable el encargo de disponer y a gravar los bienes del representado conforme exige el artículo ciento cincuentiséis del Código Civil bajo sanción de nulidad, carece de asidero legal denunciar que el referido artículo ha sido aplicado indebidamente, puesto que tal denuncia significa que se ha aplicado una norma impertinente a la controversia, cuando dicho dispositivo resulta absolutamente pertinente, por tanto, no se configura el error jurídico denunciado;

Segundo: Que, el Banco recurrente denuncia la inaplicación de los artículos ciento cuarenta, ciento cuarentiuno, ciento sesentisiete, doscientos diecinueve y mil noventinueve del Código material, con los que sustenta la tesis de que el poder y contrato de hipoteca cuestionados resultan válidos. partiendo de la premisa que en el poder sub judice sí consta el encargo de disponer y gravar los bienes del actor, y éste último en garantía tanto de obligaciones propias como de terceros;

Tercero: Que, al respecto de la simple lectura del mencionado poder de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventaicinco se aprecia que efectivamente el demandante y cónyuge autorizaron expresamente al demandado Víctor Arturo Avensur Rengifo a afectar total o parcialmente el inmueble sub judice a favor de terceros; con lo cual se cumplió el requisito establecido en el artículo ciento cincuentiséis del Código Civil; y por ende, válido el mencionado poder de acuerdo a los artículos ciento cuarenta y ciento cuarentiuno del Código sustantivo, y con un poder válido el demandado Víctor Arturo Avensur Rengifo celebró contrato de garantía hipotecaria con el Banco recurrente en nombre del demandante; en consecuencia el Banco se encuentra protegido con los principios registrales de publicidad, legitimación y buena fe registral previstos en los artículos dos mil doce, dos mil trece y dos mil catorce del Código material, normas todas estas que no han sido aplicadas en autos, por lo que se configura el error de inaplicación normativa denunciada; consecuentemente **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos once por el Banco de Crédito del Perú sucursal Pucallpa; y en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fajas cuatrocientos noventinueve su fecha quince de abril del año en curso, y, actuando en sede de instancia, se **REVOQUE** la apelada de fajas trescientos setenticuatro fechada el once de octubre del dos mil dos; y reformándola se declare **INFUNDADA** la demanda; en los seguidos por Carlos Mario Maldonado García y otra con el Banco de Crédito del Perú -sucursal Pucallpa; sobre nulidad de Acto Jurídico; y los devolvieron. SR. LAZARTE HUACO C-41828

12.6. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA SELECCIONADA DE LA CORTE SUPREMA.-

CUESTIONES GENERALES DE LOS ANALISIS JURIDICO DE CASOS.-

El mundo vive las exigencias de la Sociedad del Conocimiento, todas las áreas del saber procuran no quedar rezagadas, la Educación ciencia directamente vinculada al saber marca pautas a las otras ciencias, uno de los aspectos son

los modelos didácticos, que la UNESCO fija en más de 30 modelos perfectamente estructurados. De estos modelos, en la ciencia jurídica, son de amplia y cada vez más generalizada aplicación la didáctica de Casos.

El investigador pretende analizar el mandato y poder en la jurisprudencia civil, y precedente registral. Veamos primeros los criterios empleados del análisis casuístico de acuerdo a las principales propuestas. En general, la dogmática educativa del Derecho, considera la presencia de tres tipos de casos: Fáciles, Difíciles, y Trágicos. En seguida, sumariamente la exposición de las teorías.

Desde la teoría de la argumentación jurídica se ha considerado que los casos jurídicos fáciles se presentan cuando el ordenamiento jurídico provee una respuesta que soluciona el caso debatido mediante la aplicación de un silogismo jurídico; mientras los casos difíciles se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho Positivo. Y los casos trágicos, se pueden considerar que se presentan cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral, por lo que la adopción de una decisión en tales supuestos no significa enfrentar una alternativa, sino algo más complicado: un dilema. El especialista español, Manuel Atienza distingue dos tipos de casos trágicos. Unos son los casos en los que el ordenamiento jurídico ofrece, por lo menos, una respuesta correcta, pero que choca con la moral del juzgador, y por otro lado, aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico no ofrece ninguna respuesta correcta.

¿CUÁNDO UN CASO ES FÁCIL O DIFÍCIL?

Según Rodríguez Boente, la distinción entre casos difíciles y fáciles depende de la Teoría desde la cual se observa el caso. Señala, que para: **1º El positivismo jurídico**, los **casos fáciles** serían aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que los **casos difíciles** se caracterizan porque la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos; por eso, estos últimos requieren a diferencia de los primeros, una labor interpretativa. **2º** Para otro sector de la teoría de la argumentación jurídica, la diferencia entre casos fáciles y difíciles radicaría en el distinto carácter de la justificación que se ha de llevar a cabo

en unos y otros. Así, mientras en los casos fáciles, la justificación consistiría en efectuar una simple deducción, que daría lugar al clásico silogismo jurídico, en los casos difíciles, a los criterios de la lógica debe añadirse los de la llamada “razón práctica”, que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso. **3º Para DWORKIN**, que defiende la idea de una única respuesta correcta para cada caso que se plantea, **no distingue entre los tipos de casos**, puesto que el Juez no necesita un método para casos difíciles y otro para fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. **4º El realismo jurídico, específicamente para la última manifestación del mismo que se materializa en el movimiento Critical Legal Studies**, sostienen que no existen casos difíciles, sino que, dado que nunca es posible identificar una respuesta correcta preexistente en el sistema, todos los casos serían difíciles.

Para **Pablo Navarro** un **caso es fácil** si, dado que la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de penumbra de sus conceptos, y que la regulación de dicho caso es consistente, entonces los juristas acuerdan que un tribunal los resolvería mecánicamente mediante un razonamiento silogístico cuya premisa mayor es una norma jurídica. Así, según éste autor, las decisiones que se tomen sobre un caso fácil, serán cuestión de lógica, en definitiva una argumentación de tipo deductiva o lógica.

Un **caso difícil**, para **Pablo Navarro** sería si concurren los siguientes requisitos:

- a) No hay una respuesta correcta.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta.
- c) El derecho es incompleto o inconsistente.
- d) No hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas.
- e) No es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) No es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución involucra necesariamente juicios morales.

En el mismo orden de ideas, **Manuel Atienza**, dice que la justificación en los **casos fáciles, es una cuestión de lógica**, un razonamiento ordenado por parte del juez, una decisión como condenar a X a la pena Y, partiendo de un argumento deductivo

(el llamado silogismo judicial), que tendría la construcción lógica siguiente: “todo el que realice actos de la clase Z debe ser condenado a la pena Y, X ha realizado actos de la clase Z; por lo tanto X debe ser condenado a la pena Y”. Por lo tanto, los casos fáciles ‘son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo’.

Para el mismo **Manuel Atienza**, siguiendo lo dicho por **MacCormick**, un **caso difícil**, será aquel que presenta los siguientes problemas:

1. Problemas de relevancia, cuando existen dudas sobre cual sea la norma aplicable al caso.
2. Problemas de interpretación, cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.
3. Problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.
4. Problemas de calificación, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.

De lo anterior, se puede afirmar, que la mayoría de los casos jurídicos, sobre los cuales tienen que decidir la mayor parte de los tribunales, son casos jurídicos difíciles. Lo dicho hasta ahora, nos permite pisar en terreno inmejorable para describir, lo que la doctrina ha estudiado respecto de la actividad de los jueces, registradores, frente a los casos resueltos en sus que-haceres profesionales.

JURISPRUDENCIA PRIMERA ARTICULO 153 CASO N° 306-96 HUACHO

Lima, 1 de octubre de 1997.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la causa vista en Audiencia Pública el 30 de setiembre del año en curso emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña Vilma Nuñez Acosta, contra la resolución de fojas 156, su fecha 24 de noviembre de 1995, que confirmando la apelada de fojas 130 su fecha 7 de julio del mismo año, declara infundada la contradicción planteada por la ejecutada Agencia Maritima del Norte Sociedad Anónima, con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución del 18 de julio del año próximo pasado, ha estimado procedente el Recurso de Casación por la causal relativa a la interpretación errónea del artículo 153 del Código Civil, basada en que respecto al poder otorgado por su persona a favor de Jorge Pablo Ferradas Nuñez, es irrevocable, por cuanto es

otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero y en este caso la duración es de un año.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, según el artículo 145 del Código Civil el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

Segundo.- Que según el artículo 153 del mismo Código el poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado o representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

Tercero.- Que según el artículo 156 del acotado Código, para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por Escritura Pública, bajo sanción de nulidad.

Cuarto.- Que del primer testimonio de Escritura Pública del poder especial otorgado por la recurrente Vilma Nuñez Acosta a favor de su demandado Pablo Jorge Ferradas Nuñez que corre a fojas 103 Y subsiguientes se desprende que ha sido suscrito el 11 de 10 de 1990 ante la Notaría Pública de Lima del Carmen Amayo Martínez de Oíaz en la ciudad de Trujillo para que en nombre y representación de la poderdante pueda gravar, hipotecar y realizar gestiones sobre el bien, aso como vender el inmueble de propiedad de la poderdante, signado con el N° 10 de la Manzana "D" de la Urbanización Valle Hermoso de Monterrico, del distrito de Surco, provincia y departamento de Lima, facultándolo además a firmar toda la documentación para la venta, incluyendo minuta y escritura pública, inclusive recibir el dinero de la venta, hasta perfeccionar el acto jurídico materia de la presente escritura, poder inscrito en el Registro de Mandatos de Lima ficha 173140.

Quinto.- Que el poder especial mantiene su vigencia mientras no sea revocado por el poderdante o se designe un representante para ejercer el poder o por el fallecimiento del poderdante o el apoderado.

Sexto.- Que la escritura de mutuo con garantía hipotecaria otorgado por el demandante Banco Internacional del Peru a favor de Agencia Marítima del Norte con la intervención como fiador de la recurrente Vilma Nuñez Acosta y Pablo Jorge Ferradas Nuñez de fecha 14 de noviembre de 1991 y 3 de agosto de 1992, ha sido suscrita por el demandado Pablo Jorge Ferradas Nuñez como fiador solidario en representación de la codemandada Vilma Nuñez Acosta en uso de poder especial descrito en la cláusula cuarta.

Sétimo.- Que el poder con el que el citado demandado suscribió la indicada Escritura Pública de Mutuo con garantía hipotecaria es uno especial otorgado al amparo de los artículo 151 segunda parte y 156 del Código Civil y no uno irrevocable pues no se estipula en él ninguno de los supuestos de la norma que contiene el numeral 153 del aludido Código Sustantivo, pues no ha sido otorgado por un acto especial, sino por varios actos, no tiene límite en el tiempo y no consta que haya sido otorgado en interés común del representado del representante o un tercero.

Octavo.- Que en consecuencia en la resolución impugnada se ha hecho una correcta interpretación del artículo 153 del Código Civil por lo que es de aplicación del artículo 397 y 398 del C.P.C.

SENTENCIA:

Estando a las conclusiones a las que se arriba, la Sala declara **INFUNDADO** el Recurso de casación interpuesto por doña Vilma Nuñez Acosta, y en consecuencia **NO CASAR** la resolución de fajas 156, su fecha 24 de noviembre de 1995, expedido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de 2 URP así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del proceso; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; sobre Ejecución de Garantías; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; RONCALLA; CASTILLO; MARULL.

ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA.-

A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:

Se trata del poder otorgado por Vilma Nuñez Acosta a favor de Jorge Pablo Ferradas Nuñez, otorgado el 11 de octubre de 1990 ante la Notaría Carmen Amayo Martínez de Díaz, para que pueda gravar, hipotecar y realizar gestiones sobre el bien, así como vender el inmueble de propiedad de la poderdante, signado con el N° 10 de la Manzana "D" de la Urbanización Valle Hermoso de Monterrico, del distrito de Surco. Poder inscrito en el Registro de Mandatos de Lima Ficha N° 173140.

B) ARGUMENTACION JURIDICA PERSONAL.

FUNDAMENTOS DE HECHO: Consideramos que se encuentra acreditado el otorgamiento de poder. Aspecto discrepante es: Si cuando se otorga un poder especial (en el caso para gravar, hipotecar, vender bien inmueble), este debe ser considerado como Irrevocable por el plazo de un año, conforme al Artículo 153º. El autor estima que no se debe considerar como poder irrevocable un poder especial, toda vez que el poder irrevocable debe ser establecido expresamente como tal, no se puede llegar a la irrevocabilidad vía interpretación del acto jurídico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El poder con el que el demandado suscribió la Escritura Pública de Mutuo con garantía hipotecaria, es uno especial otorgado al amparo de los artículo 151 segunda parte y 156 del Código Civil, y no uno irrevocable pues no se estipula en él ninguno de los supuestos de la norma que contiene el numeral 153 del aludido Código Sustantivo. La calificación jurídica legal es correcta.

C) CRITICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES

1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:

Al determinar los hechos, se ha realizado de manera eficiente, pues la Corte Suprema, tiene en cuenta todos los hechos que acreditan el acto.

2.- EN CUANTO AL DERECHO

En términos de **Pablo Navarro** sería un caso difícil, por que no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley. La casación analiza los alcances del Artículo 153º, el mismo que no menciona que dado un poder irrevocable este deberá ser explícitamente mencionado para ser tal. La corte comprender que no se presenta en el caso un poder irrevocable. El argumento para descartar que no se presenta el poder irrevocable es que **“Sétimo.- (...)153 del aludido Código Sustantivo, pues no ha sido otorgado por un acto especial, sino por varios actos, no tiene límite en el tiempo y no consta que haya sido otorgado en interés común del representado del representante o un tercero”**. El investigador estima, que estos no son argumentos sólidos, y suficientemente ponderados. Asimismo considera que si bien la decisión es correcta, en la fundamentación debió abordar la hipótesis de hecho del caso (poder especial) y si esta se subsume o en la norma invocada como la norma aplicable (poder irrevocable). Además el razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico, y las justificaciones interna y externa del mismo.

JURISPRUDENCIA SEGUNDA ARTICULO 156 CASO N° 918-2003

Sumilla: " ... en el caso de autos, el encargo constaba en forma indubitable en el poder otorgado por la actora a favor de su hija, en la que no se hacía ninguna referencia al desdoblamiento de obligaciones propias o de terceros, esto es, que, de acuerdo al poder, la actora dejaba expresa constancia de que la enumeración de facultades que contiene la cláusula tercera es solamente enunciativa y no limitativa, siendo su intención de otorgar poder con las más amplias facultades y sin restricción de ninguna clase ... "

CASO N° 918-2003 LIMA. NULIDAD DE CONTRATO. Lima, dieciocho de agosto del dos mil tres.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa novecientos dieciocho - dos mil tres, en Audiencia Pública el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Que, Angel Alberto Carranza León (en representación de Abdulia Peralta Pantoja) interpone Recurso de Casación contra la sentencia de vista de fojas trescientos treintidós, expedida por la tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el diez de enero del dos mil tres, que confirmando la apelada, declara ;Infundada, en todos sus extremos, la demanda;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, por resolución de esta Sala Suprema fechada el veintitrés de mayo del dos mil tres, se ha declarado procedente el recurso por las causales de: a) inaplicación de las normas de derecho material sosteniendo que la Sala Revisora no ha aplicado los artículos ciento cuarenta y ciento sesentisiete del Código Civil toda vez que el otorgamiento de facultades por parte de la actora a su apoderada, para hipotecar sus bienes a fin de garantizar créditos de terceros, no existe en el poder conferido a la co demandada, Janet Milagros Silva Peralta; que el

artículo ciento sesentisiete del Código sustantivo señala que los representantes legales requieren autorización expresa para disponer o gravar los bienes de su representado, esto es, que se debe contar con un poder especial para ejercer tales facultades, empero del poder que esta en autos no aparece la facultad de afectar los bienes en garantía de créditos de terceros; y que por tanto, no ha existido en el contrato de hipoteca cuestionado la manifestación de voluntad del agente; b) la interpretación errónea de normas de derecho material, argumentando que la Sala ha interpretado erróneamente el artículo ciento cincuentiséis del Código material, al concluir que la norma peruana no exige que el encargo para disponer o gravar bienes conste en forma expresa; señala que la interpretación de la norma no debe ser literal, sino concordada con el artículo ciento sesentisiete del Código Civil, debiendo contar el encargo, en forma indubitable;

CONSIDERANDO:

Primero: Que, a fojas treintitrés, subsanada a fojas cuarenticinco, la actora interpone demanda de nulidad de contrato de hipoteca contra el Banco Wiese Sudameris y otros, alegando que domicilia en los Estados Unidos de Norte América y que, por tal razón, dejó un poder, a favor de su hija Janet Milagros Silva Peralta, para que pueda administrar los bienes de la recurrente; refiere que dentro de las facultades otorgadas figuraban las de administrar y disponer libremente, comprar, vender, permutar, independizar, hipotecar, transferir o arrendar sin limitación alguna de sus bienes muebles e inmuebles, pero todo a favor y beneficio de la poderdante mas no de terceros; no obstante lo expresado, la co demandada, Janet Milagros Silva Peralta abusando de los poderes y facultades otorgadas y sin obtener autorización de la actora, celebró diversos contratos de garantía hipotecaria para garantizar créditos a favor de terceros, habiendo tomado conocimiento la actora al solicitar los gravámenes de las diversas tiendas construidas en la galería comercial El Colorado;

Segundo.- Que, el A Qua, al momento de resolver el conflicto declaró infundada la demanda; Siendo confirmada por el Ad Quem, al absolver la apelación interpuesta por la recurrente, basados ambos en que el poder otorgado por la recurrente a favor de su hija era amplio, por lo que de su análisis no se desprende que haya habido alguna restricción a si las obligaciones que podrían respaldarse sean sólo y únicamente de la otorgante;

Tercero.- Que, respecto al punto a) la recurrente denuncia la inaplicación de los artículos ciento cuarenta y ciento sesentisiete del Código Civil argumentando que el otorgamiento de facultades por parte de la recurrente a su apoderada, para hipotecar sus bienes a fin de garantizar créditos de terceros, no existe en el poder conferido a la co-demandada, Janet Milagros Silva Peralta; además, refiere que el artículo ciento sesentisiete del Código material señala que los representantes legales requieren autorización expresa para disponer o gravar los bienes de su representado, esto es, que se debe contar con un poder especial para ejercer tales facultades, empero del poder de autos no aparece la facultad de afectar los bienes en garantía de créditos de terceros; y que por tanto, no ha existido en el contrato de hipoteca cuestionado la manifestación de voluntad del agente;

Cuarto.- Que, el artículo ciento cuarenta del Código Civil prescribe que: el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; para su validez se requiere: a. Agente capaz; b. Objeto física y jurídicamente posible; c. Fin lícito; d. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad; por otro lado, el artículo ciento sesentisiete del mismo Código, señala que: los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: a. Disponer de ellos o gravarlos; b. Celebrar transacciones; c. Celebrar compromiso arbitral; d. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial;

Quinto.- Que, la causal de inaplicación de normas de derecho material se configura "(...) cuando el juez comprueba circunstancias que son supuestos obligados de la aplicación de una norma determinada, no obstante lo cual, no lo aplica (...)" El Recurso

de Casación Praxis; Manuel Sánchez Palacios Paiva; Editorial Cuzco; Lima - Perú; junio de mil novecientos noventinueve; página sesenticuatro);

Sexto.- Que, en el caso de autos, si bien es cierto que las normas han sido inaplicadas por los magistrados de mérito; también lo es que las normas invocadas no son supuestos obligados para la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses, debido a que el artículo ciento cuarenta del Código sustantivo es una norma material genérica que se limita a establecer cuales son los requisitos que forman un acto jurídico;

Sétimo.- Que, por ello, la sola aplicación del artículo ciento cuarenta del Código Civil, no incide, de manera directa o contundente, en las sentencias expedidas por los magistrados de mérito;

Octavo.- Que, atendiendo a los argumentos antes aludidos, la sola aplicación del artículo ciento sesentisiete del Código material, no resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses, sino que, además, se requería de un reexamen probatorio del poder otorgado por la actora a favor de su hija;

Noveno.- Que, aún cuando este Supremo Tribunal, al amparo de una causal sustantiva, no puede reexaminar los elementos probatorios, si puede extraer conclusiones probatorias dejadas por los magistrados de mérito; **Décimo.-** Que, ambas instancias han concordado en que, de acuerdo con el poder otorgado por la actora, a favor de su hija, corriente a fajas dos, del quince de mayo de mil novecientos noventiocho, la actora otorga poder general, amplio y especial a favor de Janet Milagros Silva Peralta, para que, entre otras facultades, pueda administrar y disponer libremente, comprar, vender, permutar, independizar, hipotecar, transferir o arrendar, sin limitación alguna los bienes muebles e inmuebles, por el tiempo, precio, formas de pago y demás condiciones que estime conveniente, todo esto señalado en la cláusula tercera; asimismo, en la cláusula cuarta, la actora dejó expresa constancia de que la enumeración de facultades que contiene la cláusula tercera es solamente enunciativa y no limitativa, siendo su intención de otorgar poder con las más amplias facultades y sin restricción de ninguna clase;

Décimo Primero.- Que, atendiendo a estos argumentos, la causal casatoria de inaplicación de normas de derecho material no se logra configurar en el caso de autos, deviniendo en infundado este extremo;

Décimo Segundo.- Que, respecto al punto b) la recurrente denuncia la interpretación errónea del artículo ciento cincuentiséis del Código Civil, argumentando que la Sala concluye erróneamente que la norma invocada no exige que el encargo para disponer o gravar bienes conste en forma expresa; refiere que interpretar esta norma así es entenderla literalmente y no concordada con el artículo ciento sesentisiete del Código material;

Décimo Tercero.- Que, el artículo ciento cincuentiséis del Código sustantivo, prescribe que: para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad;

Décimo Cuarto.- Que, la Sala ha sostenido, literalmente, que la normatividad sustantiva no exige que el encargo para disponer o gravar bienes conste en forma expresa, sino que sólo dispone que sea de manera indubitable y por escritura pública, indubitabilidad que se refiere al encargo en sí y no a otros aspectos, por lo que en el presente caso, resulta evidente que la apoderada sí estaba facultada para gravar los bienes de su representada;

Décimo Quinto.- Que, de acuerdo a la interpretación literal de la norma, el legislador ha establecido que el representante, para disponer o gravar los bienes del representado, requerirá de un poder especial y que conste, en forma indubitable, en escritura pública; siendo esto así, "(...) el poder para disponer de bienes ajenos es un acto solemne. La omisión de su forma escrituraria daría lugar a la nulidad del acto jurídico (artículo doscientos diecinueve, inciso sexto) (...)" (Acto Jurídico - Curso Elemental; Carlos Ferdinand Cuadros Villena; Editorial Fecal; segunda edición; Lima -

Perú; mil novecientos noventidós; página sesenticinco - sesentiséis); Asimismo, la doctrina ha sostenido que dos son los requisitos para que una persona celebre un negocio eficaz para otra: **a)** obrar en nombre y por cuenta de ésta (contemplatio domini); **b)** obrar con poder bastante (esto es), (...) tener poder de representación, en cuyo caso lo es desde que se celebra (El Negocio Jurídico; Manuel Albaladejo; Librerías Bosch; Barcelona - España; mil novecientos noventitrés; página trescientos cincuentiocho);

Décimo Sexto.- Que, en consecuencia, la Sala yerra al señalar que la normatividad sustantiva no exige que el encargo para disponer o gravar bienes conste en forma expresa, sino que sólo dispone que sea de manera indubitable y por escritura pública;

Décimo Séptimo.- Que, la correcta interpretación de la norma invocada, si la concordamos con el artículo ciento sesentisiete del Código sustantivo, implica afirmar que el legislador, al momento de la redacción de la norma, si exige que el encargo conste en forma expresa e indubitable, puesto que el acto jurídico de transferencia o disposición de un bien de terceros, no sólo debe reunir todos los requisitos establecidos por la ley, sino que, además, no debe dejar dudas sobre la posibilidad legal del representante de actuar en nombre y representación del representado; brindándole seguridad jurídica al acto celebrado por el representado;

Décimo Octavo.- Que, si bien es cierto que la Sala ha interpretado erróneamente la norma invocada, al no haberla concordado con lo dispuesto por el artículo ciento sesentisiete del Código Civil; también lo es que, conforme se ha anotado anteriormente, los magistrados de mérito han concluido, del examen y análisis de los elementos probatorios, que en el caso de autos, el encargo constaba en forma indubitable en el poder otorgado por la actora a favor de su hija, en la que no se hacía ninguna referencia al desdoblamiento de obligaciones propias o de terceros, esto es, que, de acuerdo al poder, la actora dejaba expresa constancia de que la enumeración de facultades que contiene la cláusula tercera es solamente enunciativa y no limitativa, siendo su intención de otorgar poder con las más amplias facultades y sin restricción de ninguna clase;

Décimo Noveno.- Que, por ende, en aplicación de la segunda parte del artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil. declararon: **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas trescientos cuarenta; **CONDENARON** al pago de las costas y costos del recurso así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Angel Alberto Carranza León (en representación de Abdulia Peralta Pantoja) con el Banco Wiese Limitado (hoy Banco Wiese Sudameris) y otros; sobre Nulidad de Contrato de Hipoteca; y los devolvieron.- SS. MENDOZA RAMIREZ, AGUAYO DEL ROSARIO, LAZARTE HUACO, PACHAS AVALOS, QUINTANILLA QUISPE C-41301

ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA.-

A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:

Se trata del poder general, amplio y especial, otorgado por Abdulia Peralta Pantoja a favor de Janet Milagros Silva Peralta, otorgado el 15 de mayo de 1998 ante la Notaría Carmen Amayo Martínez de Díaz, para que pueda entre otras facultades, administrar y disponer libremente, comprar, vender, permutar, independizar, hipotecar, transferir o arrendar, sin limitación alguna los bienes muebles e inmuebles, por el tiempo, precio, formas de pago y demás condiciones que estime conveniente, todo

esto señalado en la cláusula tercera; asimismo, en la cláusula cuarta, la actora dejó expresa constancia de que la enumeración de facultades que contiene la cláusula tercera es solamente enunciativa y no limitativa, siendo su intención de otorgar poder con las más amplias facultades y sin restricción de ninguna clase;

B) ARGUMENTACION JURIDICA PERSONAL.

FUNDAMENTOS DE HECHO: Considera el autor que se encuentra acreditado el otorgamiento de poder. Aspecto discrepante es: Si cuando se otorga un poder general, amplio y especial (en el caso para gravar, hipotecar, vender bien inmueble, y otros generales), debería consignarse expresamente o no el interés. Como argumenta la accionante, dice que otorgo poder pero todo a favor y beneficio de la poderdante mas no de terceros. El autor estima que el poder general, amplio, y especial debe contener esta precisión, toda vez que el sobretodo el poder especial exige sea en forma indubitable, y es indubitable cuando un poder no genera dudas, pues las facultades se encuentran establecidas expresamente (admitiendo que por concordancia con el artículo 167, el carácter expreso es además prescripción normativa).

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El poder con el que la demandada suscribió la Escritura Pública de hipoteca a favor del Banco Wiese Sudameris y otros, es valido, por cuanto el poder recibido por la poderdante otorgaba facultades suficientes para suscribir la hipoteca, y no estaba limitado a ejercitar las facultades todo a favor y beneficio de la poderdante mas no de terceros. El poder especial se otorga de forma indubitable y expresa, de conformidad con los artículos 156 y 167 del Código Civil. La calificación jurídica legal es correcta.

C) CRITICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES

1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:

La Poderdante otorgo poderes (específicos), entre otros para hipotecar sus bienes, y justamente es lo que celebro su apoderado con el Banco Wiese, este contrato no se podría resolver, argumentando que el poder otorgado sólo era para beneficio de la poderdante, y no en función de otros interés.

Al determinar los hechos, se ha realizado de manera eficiente, pues la Corte Suprema, tiene en cuenta todos los hechos que acreditan el acto.

2.- EN CUANTO AL DERECHO

En términos de **Manuel Atienza**, sería un caso difícil, porque es un problema de calificación, toda vez que existen dudas sobre si el determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma. La casación analiza los alcances del Artículo 156º, el mismo que no menciona que dado un poder especial este deberá ser expreso, si que tiene que ser indubitable y por Escritura Pública. La corte entiende que la exigencia del carácter expreso, viene de aplicar en el artículo 156º en concordancia con el artículo 167º, fundamento: **“Décimo Séptimo.-** Que, la correcta interpretación de la norma invocada (se refiere al 156º-nota del autor-), si la concordamos con el artículo ciento sesentisiete del Código sustantivo, implica afirmar que el legislador, al momento de la redacción de la norma, si exige que el encargo conste en forma expresa e indubitable, puesto que el acto jurídico de transferencia o disposición de un bien de terceros, no sólo debe reunir todos los requisitos establecidos por la ley, sino que, además, no debe dejar dudas sobre la posibilidad legal del representante de actuar en nombre y representación del representado; (...)”. El investigador estima, que estos son argumentos sólidos, y suficientemente ponderados. Asimismo considera que si bien la decisión es correcta, en la fundamentación debió abordar la hipótesis de hecho del caso (poder especial) y si esta se subsume o en la norma invocada como la norma aplicable. Además el razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico, y las justificaciones interna y externa del mismo.

12.7. PRECEDENTES DEL TRIBUNAL REGISTRAL.-

PRECEDENTE 1

La designación de apoderado de sucursal no resulta incompatible con la existencia del representante legal permanente de la citada sucursal.

Resolución N° 001/94-JUS-JVR. (Lima, 06 de Enero de 1994).

Que, el artículo 344º de la Ley General de Sociedades si bien dispone que para la inscripción de Sucursales deberá designarse al Representante Legal permanente en el lugar de su funcionamiento, premunido de facultades suficientes para obligar a la sociedad en las actividades que desarrolle la Sucursal, no contiene prohibición expresa que impida la designación de otros apoderados (...); SE RESUELVE: Revocar la Resolución N°300/92-ONARP-CF de fecha 19 de Noviembre de 1992, (...) y disponer en consecuencia la inscripción del Título N°22258 del 03 de Marzo de 1992.

PRECEDENTE 2

Los poderes especiales otorgados por sociedades extranjeras, sin constituir formalmente una sucursal no podran contener facultades cuyo ejercicio signifique la práctica habitual del comercio.

Resolución N° 023/92-ONARP-JV (Lima, 26 de Marzo de 1992).

Que, en efecto, estando a lo preceptuado por el artículo 73º del Reglamento del Registro Mercantil, los Poderes Especiales otorgados por sociedades extranjeras, sin constituir formalmente una sucursal no podrán contener facultades cuyo ejercicio signifique la práctica habitual del comercio; SE RESUELVE: Confirmar la Resolución No. 115/91-ONARP-CF de fecha 11 de Junio de 1991, expedida por la Comisión Facultativa.

PRECEDENTE 3

Para la eficacia jurídica de los actos de disposición o gravamen realizados mediante apoderado de una persona jurídica, se requiere que dichas facultades hayan sido conferidas de forma expresa e indubitable de conformidad a lo establecido por el artículo 156º concordado con el artículo 167º inciso 1 del código civil.

Resolución N° 127-95-ORLC/TR. (Lima, 11 Diciembre de 1995).

Que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 156º del Código Civil peruano para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por Escritura Publica, bajo sanción de nulidad;

Que, en tal sentido, constituye una inexactitud jurídica afirmar que el Artículo 156º del Código Civil exige un poder específico para enajenar como se ha señalado erróneamente en las observaciones impugnadas, toda vez que el referido dispositivo legal requiere **no un poder específico** sino que la facultad para disponer la propiedad o gravar los bienes del representado sea **indubitable** (...) SE RESUELVE: Revocar la observación.

PRECEDENTE 4

Para los supuestos de adquisición de bienes inmuebles a favor de la sociedad conyugal, se requiere la intervención de ambos cónyuges, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 315º del código civil.

Resolución N° 053-96/ORLC-TR (Lima, 09 de Febrero de 1996).

Con el informe oral del Señor Abogado Dr. Juan Garazatua Nunovero en representación del Notario Público Dr. Juan Carlos Sotomayor Vitella", (...). Que, el Art. 315º en revisión es concordante con el Art. 290º del Código Civil que reconoce la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges (...); Que, debe agregarse que el Art. 315º concuerda con el Art. 292º del Código Civil que reconoce la capacidad de cada cónyuge para actuar por separado en la atención de las necesidades ordinarias del hogar y los actos de administración y conservación (...); Que, a mayor abundamiento la ausencia de la cónyuge del adquirente del inmueble, impediría dar cumplimiento al Art. 61º del Reglamento General de los Registros Públicos, compatible con el Art. 315º del Código Civil, por el cual se dispone que la inscripción de los inmuebles y derechos inscribibles adquiridos durante el matrimonio, se extiende siempre en comun (...); Confirmar la observación de la Registradora Publica (...).

PRECEDENTE 5

Facultades de disposición de bienes. Encontrándose inscrita en el registro de mandatos la facultad de suscribir contratos de compraventa de inmuebles, la misma produce efectos jurídicos erga omnes, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, en virtud del principio registral de legitimación contemplado en el artículo 2013º del código civil.

RESOLUCION N° 317-96-ORLC/TR (LIMA, 03 de Setiembre de 1996).

Que, al momento de suscribir la escritura pública venida en grado, el representante del Fondo de Empleados del Banco de la Nación, FEBAN, don Oscar Pajuelo Ramírez, intervino en calidad de representante de la misma, en virtud de los poderes inscritos en el asiento 1-a) de la Ficha N° 202059 del Registro de Mandatos de Lima, (...) los cuales fueron ampliados como consta del asiento 1-b) de la aludida ficha (...), siendo

que por dichos poderes, se le concedió, entre otras (...) las de suscribir contratos de compra-venta de inmuebles contruidos por su representada, como también constituir hipotecas u otras garantías, sobre préstamos hipotecarios u otras similares que otorga EL FEBAN (...); SE RESUELVE: Revocar la observación formulada por el Registrador (...).

PRECEDENTE 6

Facultades de disposición: No es exigible facultad expresa para actos traslativos de dominio al gerente general de una sociedad que tiene como objeto la compra-venta de inmuebles si en su estatuto contiene las facultades que le corresponden, entre las cuales está la de celebrar toda clase de contratos sin limitación alguna, no siendo de aplicación lo dispuesto por los artículos 156º y 167º del código civil, sino el artículo 278º de la ley general de sociedades.

RESOLUCION Nº 338-96-ORLC/TR (LIMA, 27 de Setiembre de 1996).

Contrato de Compra-venta en el cual la vendedora, Inversiones y Finanzas Casallo S.R.Ltda., interviene representada por don Pablo Virgilio Casallo Granda, quien procede de acuerdo a las facultades que le fueron conferidas como Gerente General según consta del Estatuto de la citada empresa, inscrito en la Ficha Nº 18045 del Registro Mercantil, (...) Que, estando al texto del Art. 278º concordante con el Art. 179º de la misma Ley, se desprende que la representación del Gerente se halla estrechamente vinculada al objeto social de la empresa que administra (...); Que, en la medida que Inversiones y Finanzas Casallo S.R.Ltda. tiene como objeto social la compra-venta de inmuebles, debe entenderse que los actos y contratos ordinarios que conforman su giro empresarial son precisamente aquellos relacionados con la transferencia de inmuebles con lo que la representación ordinaria de la que se halla investido su Gerente General, resulta ser precisamente la correspondiente a dichas compra-ventas; Que, para efectos del caso de los representantes no ha debido considerarse el Art. 156º del Código Civil ya que no resulta aplicable al Título apelado, al igual que el Art. 167º del mismo Código, estando al carácter específico del Art. 278º de la Ley General de Sociedades que dada su naturaleza de norma societaria debe ser antepuesta antes de acudir en la vía supletoria al Código Civil; SE RESUELVE: Revocar la observación formulada por la Registradora (...).

PRECEDENTE 7

Facultades de disposición a favor de empresa inmobiliaria el gerente de la empresa vendedora, cuyo objeto es dedicarse al trafico inmobiliario, tiene que estar facultado expresamente para disponer y gravar los bienes de su

representada si de sus estatutos se desprende que las facultades del gerente están limitadas a los actos de administración, facultándole exclusivamente a la junta general las concernientes al objeto social.

RESOLUCION Nº 231-96- ORLC/TR (LIMA, 09 de Julio de 1996).

Que, del Título venido en grado se constata que la empresa vendedora Inmobiliaria REL S.A. ha intervenido en el Contrato de Compra-Venta referido en el exordio de la presente Resolución, representada por su Director-Gerente, don Pedro Jorge Villaran Garcia, quien procede de acuerdo a su designacion inscrita en el asiento 5 de la Ficha Registral Nº 64746 del Registro Mercantil (...); Que, de otro lado el recurrente sostiene que estando a que la sociedad tiene como objeto social el negocio inmobiliario en sus diversas facetas, pudiendo comprar, vender y arrendar inmuebles y constituir toda clase de derechos reales, tal como consta en la cláusula segunda del estatuto de la empresa, (...) debe entenderse que el gerente se encuentra investido con las facultades que se desprenden de dicho objeto social, siendo de aplicación lo dispuesto por el Art. 179º de la L. G. S.; (...) Que, pese a lo expuesto en el Considerando anterior, la Clausula Duodecima del Estatuto de la Inmobiliaria, conforme el Título Nº 10451 estipula que: "El gerente se encargará de la administración, gestión y representación de la sociedad en todos sus negocios y actividades, con las facultades generales del mandato, contenidas en la Ley General de Sociedades y el Código Civil ...", de lo cual resulta que por expresa voluntad de los accionistas fundadores las facultades del objeto social los tienen la Junta General y, las facultades del gerente quedaron limitadas a lo que constituyen actos de administración, (...) siendo que de acuerdo al Art. 156º y el inciso 1 del Art. 167º del Código Civil, se requiere de autorización expresa para disponer y gravar los bienes de los representados: SE RESUELVE: Confirmar la observación formulada por la Registradora.

PRECEDENTE 8

El artículo 167º inciso 1º del código civil, prescribe que los representantes legales requieren autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado.

Resolución Nº 066-96-ORLC/TR (Lima, 19 de Febrero de 1996).

Que, (...) revisado el Estatuto de la Cooperativa, es de verse que el mismo no establece que el presidente y el secretario del Consejo de Administración estén facultados para disponer de inmuebles de la Cooperativa, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 167º inc. 1 del Código Civil; Que, a mayor abundamiento, el inc. 7 del Art. 12º de la Ley de Cooperativas establece que la elección de los dirigentes, gerentes y demás mandatarios de toda organización Cooperativa así como

la modificación o revocación de sus mandatos, surtirá efectos respecto de terceros sólo después de que las actas en que tales hechos consten sean inscritas en el Libro de Cooperativas (...); Confirmar la observación de la Registradora del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima (...).

PRECEDENTE 9

Facultad de disposición de asociación pro-vivienda, no es inscribible la compra-venta otorgada por representantes de una asociación pro-vivienda si no cuenta con facultades expresas para disponer de bienes inmuebles de propiedad de la representada, de conformidad al artículo 156º del código civil.

RESOLUCION Nº 270-96-ORLC/TR (LIMA, 09 de Agosto de 1996).

Que, el título venido en grado, fue extendido en virtud del artículo sexto del D.S. Nº 009-88-VC que dispone que los contratos de compraventa comprendidos en esta norma se otorgarán en documento privado con legalización notarial de firmas y serán inscritos por su simple merito en los Registros de la Propiedad Inmueble; Que, revisada la partida registral del inmueble, la aludida ficha Nº 1128997 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, se desprende que el titular de dominio es la Asociación Pro Vivienda de los Trabajadores Bancarios del Perú; Que, asimismo revisado el As. 5 de la ficha Nº 5847 del Registro de Personas Jurídicas, correspondiente a la partida registral de la Asociación (...), se desprende que don Carlos Miguel Carpio Delgado y don José Montanez, quienes suscribieron en representación de la Asociación, el contrato de compraventa sub-materia, fueron elegidos como presidente y tesorero del Consejo de Administración de la Asociación (...), habiéndoseles otorgado específicas facultades de representación, en sesión del 10 de Agosto del mismo año; Que, no consta de dicho asiento registral y del título que le diera origen, que entre las facultades que se les confirió estuviese la de disposición de bienes inmuebles, (...) Que, asimismo en el estatuto social (...), no aparecen otorgadas las facultades de disposición al presidente y tesorero de la Asociación (...); SE RESUELVE: Confirmar (...) la observación formulada por el Registrador del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, al título referido en la parte expositiva, por los considerandos expuestos en la presente Resolución. Dra. Martha Silva Díaz, Dra. Elena Vasquez Torres.- Dr. Walter Poma Morales.

PRECEDENTE 10

Facultad especial para levantamiento de hipoteca. se requiere poder especial para suscribir contratos de levantamiento de hipotecas, siendo actos dispositivos extintivos regidos por normas propias y sin ligazón ni dependencia

con los actos constitutivos, como es por ejemplo, la hipoteca. no puede aceptarse la posición de quienes afirman que el levantamiento de una hipoteca es un acto administrativo teniendo en consideración que el desgravamen de un bien implica la desprotección del patrimonio del representado.

RESOLUCION Nº 305-96 - ORLC/TR (LIMA, 21 de Agosto de 1996).

Que, en este extremo, la observación se refiere a la interpretación dable al Acto sobre todo al Art. 156º del Código Civil sobre el levantamiento de las hipotecas en el sentido que si para realizar dicho acto jurídico el representante o apoderado debe tener poder especial, siguiendo el principio de la literalidad o si, el otorgamiento de facultades para hipotecar un bien, implica el reconocimiento de la facultad (...)sin necesidad de mencionar específicamente este acto en el poder (...); Que, a mayor abundamiento, la doctrina reconoce tres especies de actos dispuesto es: los actos traslativos como el de la compra-venta, los actos constitutivos como los derechos reales de hipoteca, servidumbre a habitación y los actos extintivos como precisamente lo constituye el levantamiento de una hipoteca; Que, atendiendo a lo expuesto, queda claro que el Art. 156º, y el inc. 1º del Art. aludir a los actos de disposición de bienes, se refieren a todos los actos traslativos, constitutivos y extintivos (...); Que, la vinculación existente entre los actos traslativos, los constitutivos y los extintivos, no corresponde a una ligazón de dependencia de uno respecto al otro, cada uno comporta la naturaleza de ser un acto principal, regido por normas que no subsumen en su esfera de aplicación a los otros actos (...); Que, no puede aceptarse la posición sostenida por quienes afirman que el levantamiento de una hipoteca responde a un acto administrativo, considerando que el desgravamen de un bien implica la desprotección del patrimonio del representado (...)ser acto extintivo; SE RESUELVE: Confirmar la observación formulada al Título presentado de acuerdo a lo expuesto en los Considerandos precedentes.

PRECEDENTE 11

Levantamiento de hipoteca. El artículo 156º del código civil al prescribir que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad si bien distingue entre la capacidad de disponer con capacidad de gravar, no es menos cierto que dicho termino comprende tanto la facultad de disponer como la de gravar bienes, lo cual concuerda con lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 167º del citado código, por consiguiente ambos artículos al aludir a los actos de disposición de bienes, se refiere a todos los actos traslativos, constitutivos y extintivos, no cabiendo hacer distingo entre ellos.

RESOLUCION Nº 313-96- ORLC/TR. (LIMA, 03 de Setiembre de 1996)

Que, al momento de suscribir la escritura pública venida en grado, el representante del Fondo de Empleados del Banco de la Nación, EL FEBAN, don Oscar Pajuelo Ramirez, intervino en calidad de representante de la misma, en virtud de los poderes inscritos en el asiento 1-a) de la Ficha N° 202059 del Registro de Mandatos de Lima (...) los cuales fueron ampliados como consta del asiento 1-b) de la aludida ficha (...), se le concedió, entre otras, las facultades contenidas en los incisos d), e) y f) del artículo 14º del Estatuto de EL FEBAN y las de suscribir contratos de compra-venta de inmuebles construidos por su representada, como también constituir hipotecas u otras garantías, sobre préstamos hipotecarios u otras similares que otorga EL FEBAN, no hallándose contemplada, entre las facultades conferidas, la capacidad para levantar hipotecas y demás gravámenes; Que, el artículo 156º del Código Civil, prescribe que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (...); Que, a mayor abundamiento, la doctrina reconoce tres clases de actos de disposición, a saber: los actos traslativos (...), los actos constitutivos, (...) y los actos extintivos (...); Que, atendiendo a lo expuesto, queda claramente establecido que el artículo 156º y el inciso 1º del artículo 167º del Código Civil, al aludir a los actos de disposición de bienes, se refieren a todos los actos traslativos, constitutivos y extintivos, no cabiendo hacer distingo entre ellos, dado que la ley no lo hace, advirtiéndose en el uso del término "gravar" una innecesaria redundancia al momento de legislar; Que, la vinculación existente entre los actos traslativos con los constitutivos y extintivos, no corresponde a una ligazón de dependencia de uno respecto al otro, (...); Que, en este orden de ideas, el artículo 14º del Estatuto del FEBAN no contempla las facultades especiales de cancelar deudas y levantar hipotecas (...); SE RESUELVE: Confirmar la observación formulada por el Registrador.

PRECEDENTE 12

Levantamiento de hipoteca celebrado por entidad en disolución en mérito al decreto Leg. N° 637. Para inscribir el levantamiento de hipoteca celebrado a favor de entidades bancarias, financieras y de seguros declaradas en disolución de conformidad con el D. Leg. N° 637 "Ley general de instituciones bancarias, financieras y de seguros"; se requiere que el documento presentado cuente con la intervención de los actuales liquidadores no obstante encontrarse vigente el mandato de los liquidadores intervinientes al momento de la inscripción, ello en mérito a la seguridad jurídica que debe brindar la institución.

RESOLUCION N° 461-96- ORLC/TR (LIMA, 30 de diciembre de 1996).

Que, el Título materia de apelación está referido al levantamiento de la hipoteca que corre inscrita en el Tomo 1047, fojas 19, asiento 5 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, y que grava el inmueble cuyo titular es don Víctor Raúl Torres Vallejos casado con doña Violeta Castañeda Remotti; y por el cual la Mutual de Vivienda Perú declara en forma expresa, que el cliente ha cumplido con pagar el Integro del capital mutuazo e intereses, mediante contrato de mutuo de fecha 11 de setiembre de 1973, por lo que levanta la hipoteca que se constituyó en su favor (...); Que, en el presente caso el documento de cancelación de mutuo y levantamiento de hipoteca ha adquirido fecha cierta con la legalización notarial de las firmas ocurrida con fecha 25 de agosto de 1993; Que, a esta última fecha la otorgante Mutual de Vivienda Perú se encontraba en estado de disolución para su liquidación dispuesta por Resolución del Superintendente de Banca y Seguros N° 587-92 del 27 de junio de 1992, que nombró a su vez a los delegado especiales del Superintendente a fin de que actúen como liquidadores de la entidad y representantes de esta; Que, el 25 de agosto de 1993 se encontraba en vigencia el Decreto Legislativo N° 637 Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, (...) la representación de la entidad declarada en disolución es asumida por los delegados especiales encargados de la liquidación; Que, en consecuencia si bien es cierto el poder otorgado a los que suscriben el levantamiento de hipoteca a la indicada fecha no se encontraba expresamente revocado e inscrita tal revocación en los Registros Públicos, la seguridad jurídica que debe brindar esta institución exige que el documento presentado cuente con la intervención de los actuales liquidadores; SE RESUELVE: Confirmar, la observación del Registrador.

PRECEDENTE 13

Poder otorgado por empresa extranjera. El acta del consejo de administración de una empresa extranjera sin sucursal en el Perú, en la que se acuerda otorgar poder, e inserta en una escritura de aceptación de poder, por su solo merito no acredita la existencia y la capacidad de la empresa otorgante, requisitos necesarios para su reconocimiento en nuestro país.

RESOLUCION N° 062-97- ORLC/TR (LIMA, 26 de febrero de 1997).

Que, mediante el Título venido en grado se solicita la inscripción de la aceptación de Poder de doña Catalina Tomatis Chiappe, (...) conferido (...) Consejo de Administración de la firma Bureau de Recherches Géologiques Et Minières S.A BRGM SA, (...) La misma que según lo indicado en la antedicha Escritura Pública, se halla constituida y establecida de conformidad con la leyes vigentes de la Republica de Francia, siendo que para efectos de acreditar la existencia del acuerdo de

apoderamiento se alcanza con el título una copia traducida del Francés al Español de la correspondiente acta, en donde figura la legalización de la firma de la Traductora por autoridad francesa, cuya respectiva firma ha sido legalizada por Consulado General del Perú en París y ésta a su vez por la Dirección de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú; Que, la citada empresa es una sociedad extranjera sin sucursales en el Perú, siéndole aplicable lo preceptuado en el Artículo 73º del Reglamento Mercantil que permite la inscripción de los poderes otorgados por dichas sociedades y lo previsto en la Quinta Disposición Complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo Nº 757º que establece que las entidades del extranjero pueden realizar negocios en el país mediante apoderados con facultades especiales o generales y que su nombramiento se inscribe en el Registro Mercantil; Que, si bien la existencia y capacidad de la empresa francesa no constituye un extremo de la observación formulada al Título apelado, su reconocimiento en el Perú se halla condicionado a la comprobación de los referidos supuestos, según se desprende del tenor del artículo 2073º del Código Civil. (...) Que, el documento presentado en copia autenticada e inserto en la Escritura Pública de Aceptación de Poder constituido por el Acta de la Sesión del Consejo de Administración de la empresa BRGM S.A., celebrada el 31 de Julio de 1986, resulta insuficiente para acreditar por su solo merito y sin intervención de autoridad competente, la existencia y la capacidad de la empresa otorgante, requisitos necesarios para su admisión a Registro. SE RESUELVE Revocar la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Jurídicas de Lima al Título referido en la parte expositiva y declarar que el mismo no es inscribible por los fundamentos expresados en la parte considerativa de la presente Resolución.

PRECEDENTE 14

Inscripción de representantes de sociedad extranjera. Las sociedades extranjeras de carácter lucrativo que ejerzan actos habituales o permanentes en el país, constituirán sucursal e inscribirán a sus representantes legales en el “libro de sucursales”; en su defecto, otorgaran e inscribirán sus poderes en el libro de “poderes otorgados por sociedades extranjeras que no tienen sucursal en el Perú”; lo que no implica, la inscripción de actos como el nombramiento de directores de la sociedad extranjera, al no haber sido previsto legalmente ello como acto inscribible.

RESOLUCIÓN Nº 157-97- ORLC/TR (LIMA, 08 de mayo de 1997).

Que, mediante el presente título, el apelante solicita la inscripción del nombramiento de Directorio, acordado por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la

Sociedad International Machinery and Equipment Trading Corporation con fecha 27 de Marzo de 1996 (...); Que, la citada empresa, es una sociedad extranjera sin sucursal en el Perú, siéndole aplicable lo preceptuado en el Artículo 73º del Reglamento del Registro Mercantil, norma que permite la inscripción de los poderes otorgados por dichas sociedades, y lo normado en la Quinta Disposición Complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo Nº 757, que establece que las entidades del extranjero pueden realizar negocios en el país mediante apoderados con facultades especiales o generales, y que su nombramiento se inscribe en el Registro Mercantil; Que, en este sentido, consta en la Ficha Nº 5743 de “Poderes otorgados por Sociedades Extranjeras que no tienen sucursal en el Perú”, del Registro Mercantil de Lima, la inscripción de los Poderes otorgados por International Machinery and Equipment Trading Corporation; Que, el Artículo 2073º del Código Civil, establece que las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que le corresponden (...) Que, la Ley peruana ha previsto que las sociedades extranjeras de carácter lucrativo que ejerzan actos habituales o permanentes en el país comprendidos en su objeto social constituyan sucursal en el país, de conformidad con el artículo 345º de la Ley General de Sociedades e inscriban a sus representantes legales en el Libro de “Sucursales” u otorguen poderes y los inscriban en el Libro de “Poderes otorgados por Sociedades Extranjeras que no tienen sucursal en el Perú”, no habiéndose previsto legalmente la inscripción del acto constitutivo de la sociedad, sus directorios, aumentos de capital, y otros actos similares; SE RESUELVE Confirmar, la observación formulada por el Registrador.

PRECEDENTE 15

Inscripción de poderes otorgados a administrador judicial de bienes no es inscribible el nombramiento de administrador judicial de bienes en el registro de mandatos y poderes, sino en el registro de la propiedad inmueble, siempre que se trate de autorización judicial que implique la práctica de actos inscribibles sobre inmuebles de conformidad el inciso 9 del artículo 2019º del código civil

RESOLUCION Nº 235-97- ORLC/TR (LIMA, 20 de Junio de 1997).

Que, de acuerdo a la observación formulada, el Art. 2036º del Código Civil, no contempla específicamente la designación de un administrador judicial como uno de los actos jurídicos inscribibles en el Registro de Mandatos, como tampoco, el Art. 769º y siguientes del Código Procesal Civil que regulan la institución del Administrador Judicial, prevén la inscripción en los Registros de la designación de un administrador

que sea ordenada por la autoridad judicial competente, pudiendo añadirse que tal designación necesariamente no conlleva el otorgamiento de un mandato con o sin representación, el mismo que de otorgarse, debe contener una referencia a las atribuciones conferidas. Que, no obstante lo expuesto debe tenerse presente que la designación de un Administrador Judicial de bienes es un acto jurídico que no puede ser desconocido por el Registro, toda vez que el Art. 773º del Código Procesal Civil al reconocer que el Administrador tiene las atribuciones que le concede el Código Civil o las que acuerden los interesados con capacidad de ejercicio y que el juez apruebe, (...) y que el Art. 780º del mismo Código, al reconocer que el Administrador Judicial de bienes sujetos al régimen de copropiedad puede celebrar contratos sobre los bienes que administra y si hubiera necesidad de realizar actos de disposición, el Administrador deberá obtener previamente autorización judicial del juez (...) un Administrador Judicial puede celebrar contratos sobre el bien, concurre lo dispuesto por el inc. 9 del Art. 2019º según el cual, son inscribibles en el Registro de la Propiedad Inmueble (...); SE RESUELVE Confirmar la observación formulada por la Registradora.

PRECEDENTE 16

Otorgamiento de poder y curatela. La institución jurídica de la curatela importa una representación legal y se tipifica por la presencia de un interés colectivo, no solo individual, dado el carácter público del cargo, la obligatoriedad de su asunción y ejercicio, la vigilancia del estado, así como por su carácter de personalísimo e indelegable, permanente. La tutela y demás instituciones de protección al incapaz se rigen por la ley de su domicilio, las medidas urgentes de protección al incapaz que se encuentre en el Perú y, en su caso, las de protección de sus bienes situados en la república se rigen por la ley peruana (artículos 2071º código civil)

RESOLUCIÓN N° 168-97- ORLC/TR (LIMA, 20 de Mayo de 1997).

Que, mediante el presente Título, el apelante solicita la inscripción del poder que otorga Don Christian Burghardt en calidad de curador de doña Franciska Schneider Rebl a favor de don Víctor Lazo Lainez (...), en cuyas cláusulas segunda y tercera el poderdante ratifica la designación de apoderado al Sr. Lazo que le fuera concedido por la Sra. Schneider antes que fuera declarada incapaz (poder inscrito en las Fichas N°s.70113 y 70116 del Registro de Mandatos y Poderes de Lima), señalando expresamente las facultades conferidas y que las ejercerá en nombre y representación de doña Franciska Schneider; y en la cláusula cuarta el poderdante en su condición de curador autoriza al Sr. Lazo para que en nombre y representación directa del curador

solicite ante las autoridades peruanas el reconocimiento de su nombramiento como curador hecho por las autoridades judiciales de Viena, República de Austria, lugar de residencia de la Sra. Schneider; Que, conforme se manifiesta específicamente en la segunda cláusula del instrumento público, el poderdante otorga el poder en su calidad de curador, desprendiéndose de algunas de sus facultades a favor del apoderado; lo cual es contrario a la institución jurídica de la curatela que importa una representación legal y se tipifica por la presencia en ella de un interés colectivo y no sólo individual, por el carácter público del cargo, la obligatoriedad de su asunción y ejercicio como regla general, la supervigilancia del Estado, así como por los caracteres de personalísimo e intransferible, permanente, de desempeño generalmente unipersonal, y casi siempre remunerado (Héctor Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano, Tomo III); Que, el artículo 2071º del Código Civil establece que la tutela y demás instituciones de protección al incapaz se rigen por la ley de su domicilio; (...) Que, es de verse que la ley que rige la incapacidad y la curatela de doña Franciska Schneider es la ley de Viena - Austria; habiéndose previsto que en los casos en que la protección social a los incapaces revista carácter de urgencia, resulta aplicable también la ley del lugar donde se encuentran los bienes, la ley Peruana; (...) Que, en consecuencia, si bien en el Registro de Mandatos y Poderes se inscriben las representaciones voluntarias de conformidad con los artículos 145º segundo párrafo y 2036º del Código Civil, las cláusulas segunda y tercera del instrumento publico no resultan inscribibles, atendiendo a que previamente es necesario que la designación de curador que ostenta el poderdante se inscriba en el Registro Personal en virtud de los artículos 2030º incs. 1, 3 y 4, y 2033º (...) Que, sin embargo, la facultad conferida a don Víctor Lazo Lainez en la cláusula cuarta del instrumento público a que se hace referencia en el sexto considerando resulta inscribible, de conformidad con el principio de legalidad; SE RESUELVE Confirmar la denegatoria de inscripción formulada por el Registrador.

PRECEDENTE 17

Designación de administrador judicial y otorgamiento de poder por la junta de copropietarios. Es inscribible el otorgamiento de poderes al administrador judicial de bienes efectuado por la junta de copropietarios, en el marco del proceso judicial de designación del referido del referido administrador.

RESOLUCION Nº 264-97- ORLC/TR (LIMA, 30 de Junio de 1997).

Que, de acuerdo a los documentos insertos en el título alzado, se aprecia que los copropietarios que eligieron al Sr. Valdez como administrador judicial, han actuado dentro del marco de un proceso judicial, razón por la cual la copropiedad existente y por ende el título apelado deben ser analizados teniendo en cuenta lo preceptuado por

el Art. 972º del Código Civil según el cual la administración de los bienes comunes se rigen por el Código de Procedimientos Civiles, actualmente el Código Procesal Civil, (...) el Sr. Valdez fue designado como administrador judicial de bienes y facultado a representar a los copropietarios en base a una norma legal que acoge el apoderamiento en base al sistema de computar el quórum concurrente y el valor de los bienes representados, en obvia analogía con el sistema de las Juntas Generales de Accionistas de una Sociedad Mercantil (...) Que, de acuerdo al Acta de la Junta de Condóminos del 24 de Abril de 1996 y el Texto Anexo, aprobado por la autoridad judicial competente, los copropietarios concurrentes a dicho acto procesal, asentaron en la Cláusula Décimo Primera del texto anexo, la autorización concedida a don Javier Corrales Melgar Valdez para suscribir la correspondiente Escritura Publica en la que constaran los poderes conferidos al Sr. Valdez, constituyendo un hecho evidente que el apoderamiento del caso fue otorgado en razón del acuerdo de la Junta de Condóminos pertinente y aprobado por la autoridad judicial competente (...); Que, por consiguiente, existiendo un acto procesal de otorgamiento de poderes, aprobado por Resolución Judicial posteriormente insertada en un instrumento público como es la escritura pública del 6 de Junio de 1996 y en armonía con el Art. 2010º del Código Civil ha quedado comprobado el empleo del medio idóneo para proceder a la inscripción del presente título deviniendo en improcedente el último extremo de la observación en cuanto al requerimiento de intervención de doña María Dolores Valdez Cespedes, Cesar Augusto Valdez Cespedes y Juan Antonio Javier Alzamora Gamboa, cuya voluntad de apoderar quedó legalmente sustituida por la Junta de Condóminos; SE RESUELVE Revocar las observaciones formuladas por la Registradora del Registro de Mandatos y Poderes al título referido en la parte expositiva y declarar que el mismo es inscribible siempre que se subsane la deficiencia advertida en el último considerando de la presente Resolución.

PRECEDENTE 18

Otorgamiento de poder en el extranjero. Cuando se invoca en el Perú un acto realizado en el extranjero, es preciso, que se constate que en su otorgamiento se haya observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se ha verificado el acto, para poder utilizarlo. Los documentos públicos extendidos en el exterior para surtir efectos en el Perú deben estar legalizados por los funcionarios consulares, y de no existir oficinas consulares ni representación diplomática peruanas en dicho estado, el director de documentación de la cancillería podrá autenticar o reconocer las firmas de los funcionarios consulares o diplomáticos de ese estado, nombrado o acreditados en el Perú.

RESOLUCION Nº 164-97- ORLC/TR (LIMA, 13 de Mayo de 1997).

El Registrador denegó la inscripción solicitada por cuanto: «Al amparo del Art. 126º del R.G.R.P. los títulos emanados de autoridades o funcionarios Extranjeros son inscribible siempre que se encuentren legalizados, es decir que se certifique la autenticidad de la firma de dicho funcionario. En el presente caso se adjunta un certificado en el cual se señala que el poder es un instrumento de uso en su país de origen, pero no se contrae a legalizar las firmas»; Que, el documento de poder del 05 de Mayo de 1994, otorgado en el Estado de Nueva Jersey ha sido certificado por Notario estadounidense Ailieen B. Porter sólo en cuanto a que el otorgante personalmente se presentó y firmo el documento, y posteriormente por Amy E. Holman, Consul de los Estados Unidos de América en y para el Distrito Consular de Lima, Perú, quien únicamente indica que el referido documento es un instrumento de uso legal en los Estados Unidos de América, y cuya firma ha sido legalizada por la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú; Que, estando frente a un caso de Derecho Internacional privado resulta de aplicación la primera parte del artículo 2094º del Código Civil que prescribe que forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la Ley del lugar en que se otorgan o por la Ley que regula la relación jurídica objeto del acto; y habiéndose optado por realizar el acto en los Estados Unidos de América y pretendiéndose su inscripción en el Perú, resulta de aplicación la primera de las leyes citadas. Que, complementariamente, el Art. 126º del Reglamento General de los Registros Públicos establece que son inscribibles los títulos emanados de autoridades y funcionarios extranjeros, siempre que contengan actos que la Ley Peruana considere lícitos, y que se encuentren legalizados y, en su caso traducidos la legalización y traducción se sujetarán a las leyes y Reglamentos que al respecto deben observar los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores; Que, al respecto, los Arts. 582º y 583º del Reglamento Consular del Perú prevén que los documentos públicos extendidos en el exterior para surtir efectos en el Perú deben estar legalizados por los funcionarios Consulares, y de no existir oficinas consulares ni representación diplomática peruanas en un Estado, el Director de documentación de la cancillería podrá autenticar o reconocer las firmas de los funcionarios consulares o diplomáticos de ese Estado, nombrados o acreditados en el Perú; (...) SE RESUELVE Confirmar la observación formulada por el Registrador (...) al título referido en la parte expositiva y ampliarla por los considerandos expuestos en la presente Resolución.

PRECEDENTE 19

Otorgamiento de poder por la junta de propietarios. es procedente inscribir en el registro de mandatos y poderes, el otorgado a los representantes de la junta de propietarios de un determinado edificio, siempre que tales facultades se circunscriban estrictamente a actos de carácter administrativo y judicial.

RESOLUCION N° 237-97- ORLC/TR (LIMA, 20 de Junio de 1997).

Que, de conformidad con el artículo 20° del Decreto Supremo N° 019-78-VC, reglamentario del Decreto Ley N° 22112, que estableció el régimen de Propiedad Horizontal, se indica que la Junta de Propietarios de una edificación sujeta a las normas de Propiedad Horizontal está constituida por todos los propietarios de las secciones y tiene la representación conjunta de estos; Que, si bien la Junta de Propietarios es reconocida por las antedichas normas legales como una forma de agrupación de personas naturales, el texto y el espíritu de las normas en cuestión, como también el criterio mantenido por los Registros Públicos, permiten aseverar que el legislador al regular la existencia de la Junta de Propietarios no le reconoció la naturaleza de persona jurídica donde la existencia de ésta, acorde con el Art. 78° del Código Civil, sea distinta a la de sus miembros y en este sentido, al carecer de personería jurídica, la Junta de Propietarios en esencia, son todos los propietarios que la conforman; Que, de otro lado, según lo dispone el inciso b) del artículo 22° del Decreto Supremo N° 019-78-VC, el presidente tendrá la representación de la Junta, administrativa y judicialmente, por lo que el presidente es el representante del conjunto de propietarios en cuanto tales, y partícipes en la propiedad horizontal; Que, en consecuencia, es procedente inscribir en el Registro de Mandatos y Poderes, el poder otorgado a los representantes de las Juntas de Propietarios, siempre que, se deje constancia en la partida registral que se refiere a la Junta de Propietarios de un determinado edificio a fin de delimitar sus facultades, que lo otorgan todos los propietarios que la integran y que las facultades no excedan de lo administrativo y judicial (...); SE RESUELVE Revocar la observación formulada por el Registrador Público.

PRECEDENTE 20

Para que proceda la inscripción de un acto otorgado por persona jurídica es necesario que consten inscritos los poderes de su representante vigentes a la fecha de dicho otorgamiento, o en su defecto, que el acto en cuestión sea ratificado en la forma prescrita para su celebración por los actuales representantes.

RESOLUCION Nº 504-97- ORLC/TR. (LIMA, 17 de Diciembre de 1997).

Que, al otorgar la escritura pública de ratificación se insertaron las copias certificadas del acta de junta general de accionista celebrada por Jose R. Lindley e Hijos S.A. el 25 de marzo de 1997, mediante la cual se acordó la transferencia del inmueble submateria, autorizando además al Gerente General de la empresa, señor Luis Paredes Stagnaro, para que suscribiera todos los documentos concernientes a la transferencia; Que, asimismo se insertó la copia certificada del acta de junta general de la compradora, Construcciones e Inversiones ALPAMA S.A. de fecha 26 de noviembre de 1996 de la que consta la aprobación del acuerdo para la compra del inmueble submateria y la autorización al señor Luis Alfredo Arredondo Basso para que en nombre y representación de la sociedad suscriba la minuta y escritura publica, así como cualquier otro documento relacionado con ese fin; Que, verificadas las partidas registrales de ambas sociedades (ficha 118734 y 9721 del Registro Mercantil) se advierte que hasta la fecha no constan inscritos los acuerdos mencionados a efectos de verificar su vigencia a la fecha de la celebración de la ratificación de la compraventa celebrada; Que, en la partida de Jose R. Lindley e Hijos S.A. (ficha Nº 118734 del Registro Mercantil) consta la anotación que señala que aquella ha quedado cerrada por haberse fusionado con "Inmobiliaria Lintab S.A.", hoy "Corporación Jose R. Lindley S.A." inscrita en la ficha Nº 122106 del Libro de Sociedades del Registro de Personas Jurídicas de Lima; Que, revisada la ficha 122106 del Registro Mercantil se advierte del asiento 4-c (Titulo Archivado Nº 187043 del 05 de noviembre de 1997) que por Junta General Extraordinaria del 16 de octubre de 1997 se acordó autorizar al Gerente General Luis Augusto Paredes Stagnaro para que en nombre y representación de la sociedad suscriba todos los documentos necesarios para el perfeccionamiento de la transferencia del inmueble ubicado en la calle D (ahora Ayabaca) lote 10, Mz. B del Distrito de San Juan de Miraflores en favor de Construcciones e Inversiones Alpama S.A; Que, en tal sentido, los señores Luis Augusto Paredes Stagnaro y Luis Alfredo Arredondo Basso no tenían poderes inscritos a la fecha del otorgamiento de las escrituras publicas de fechas 27 de noviembre de 1996 y 13 de mayo de 1997; (...); CONFIRMAR en parte observación formulada por el Registrador Publico del Registro de Propiedad Inmueble de Lima al título referido en la parte expositiva, por los fundamentos expresados en la presente Resolución.

PRECEDENTE 21

Si bien doctrinalmente existe diferencia conceptual entre la sustitución y la delegación de poder, nuestro ordenamiento jurídico les otorga idéntico trato, incorporando la figura de la delegación dentro de la primera.

RESOLUCION Nº 501-97- ORLC/TR (LIMA, 15 de Diciembre de 1997).

Que, mediante el título venido en grado, se solicita la inscripción de la Ampliación de Delegación de Poder otorgada por don Roberto León De Vivero Layous a favor de don Felipe Antonio Oliverio Portal Lovera (...); referido a facultades de administración y bancarias; (...) Que, verificada la ficha Nº164883 del Registro de Mandatos y Poderes donde se encuentra inscrito el poder otorgado por la Sra. Virginia Leon De Vivero Layous a favor del Sr. Roberto Leon De Vivero Layous constan en los asientos 1-c y 2-c la sustitución de determinadas facultades que hiciera el apoderado, Roberto Leon de Vivero Layous en favor de Felipe Antonio Oliverio Portal Lovera (...); Que, el presente título se refiere a una ampliación de delegación de poder, en ese sentido, si bien doctrinalmente existe diferencia conceptual entre la sustitución y delegación de poder, nuestro ordenamiento jurídico les otorga idéntico trato, incorporando la figura de la delegación dentro de la primera; (...) Que, asimismo, don Roberto León De Vivero no cuenta con facultades para otorga fianzas, celebrar convenios arbitrales, leasing, arrendamiento financiero, (...); por lo que no podría ser materia de delegación; (...) no es procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y, REVOCARLA en cuanto señala que el apoderado no cuenta con facultades para descontar letras de cambio, constituir garantías sobre todo tipo de títulos valores comprar y vender acciones, los mismos que son materia de delegación (...).

PRECEDENTE 22

Necesidad de publicidad del proceso de sucesión intestada en la partida del registro de mandatos y poderes existiendo un poder inscrito otorgado en vida por el causante, es necesario realizar la anotación del proceso de sucesión intestada en la partida del registro de mandatos y poderes en la cual consta inscrito el referido poder, a fin de dar publicidad de la muerte de la persona y del citado proceso sucesorio.

RESOLUCION Nº 500-97- ORLC/TR. (LIMA, 11 de Diciembre de 1997.)

La Registradora Dra. Liliana Bernuy Guerrero, (...) denegó la inscripción formulando la siguiente observación: "1.- La Ley Nº 27716 deberá ser interpretado en el contexto del Sistema Registral Peruano, concordado con las normas del Procedimiento Registral, (...). Que, realizada la búsqueda pertinente, consta en la Ficha Nº 259738 del Registro de Mandatos y Poderes inscrito en merito al título Nº 83505 del 23 de mayo de 1997, el poder otorgado en vida por la Sra. Yolanda Del Aguila Fernandez a favor de su cónyuge Sr. Bernardo Del Aguila Paz, a fin de que administre, otorgue garantías y venda los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Sociedad conyugal; Que, existiendo un poder inscrito, es necesario realizar la anotación de la solicitud de

sucesión intestada en la Partida antes referida, a fin de dar publicidad al proceso seguido ante el Notario Dr. Elvito Rodríguez, y a la muerte de la Sra. Yolanda Del Aguila; ya que esta circunstancia pone fin a la persona conforme lo indica el Art. 61º del Código Civil, cesando así su capacidad jurídica y no existiendo mas un sujeto de derecho al cual se atribuyan situaciones jurídicas, derechos y deberes, lo que conllevaría a la extinción del poder (...); **REVOCAR** la observación formulada por la Registradora.

PRECEDENTE 23

Cuando el artículo 833º inciso 2 del código procesal civil señala que admitida la solicitud el juez (también el notario) dispone la anotación de la solicitud en el registro de sucesión intestada y en el registro de mandatos y poderes, no esta concebida para que necesariamente la anotación se deba hacer en este ultimo registro, si el causante en vida no otorgo poder alguno, pues no existiría partida abierta en la cual anotar la solicitud; en este supuesto, efectuada la anotación en el registro de sucesión intestada se tendría por cumplida la finalidad legal.

RESOLUCION Nº 490-97- ORLC/TR (LIMA, 10 de Diciembre de 1997).

Apelación interpuesta por el Notario de Lima DR. ELVITO ALIMIDES RODRIGUEZ DOMINGUEZ (...) contra la observación formulada por la Registradora del Registro de Mandatos y Poderes, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de inscripción de Sucesión Intestada (...). La Registradora denegó la inscripción formulando la siguiente observación: "1.- La Ley Nº 27716 debera ser interpretado en el contexto del Sistema Registral Peruano concordado con las normas del Procedimiento Registral (...); Que, mediante el presente titulo se solicita la anotación de la Solicitud de Sucesión Intestada de dona Sabra Nichols en el Registro de Mandatos y Poderes, en merito a oficio notarial y copias certificadas de los documentos presentados al despacho Notarial del apelante; (...) para que necesariamente se deba hacer la anotación en la partida del Registro de Mandatos y Poderes, pues si el causante en vida no otorgó poder, no procedería realizar anotación alguna de la Solicitud de Sucesión Intestada en este ultimo Registro al no existir partida abierta; ya que conforme al Art. 2015º del Código Civil ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que este inscrito el derecho de donde emane; así tratándose de casos como el presente, realizada la anotación en el Registro de Sucesión Intestada se tendría por cumplida la finalidad prevista en la norma, de dar publicidad de la existencia del referido procedimiento sucesorio; y, **CONFIRMAR**, la observación formulada por la Registradora.

PRECEDENTE 24

La delegación basada en el mismo principio de colaboración que inspira el apoderamiento y sus distintas estipulaciones, deben ser interpretadas en forma integral acorde con lo señalado por el artículo 169º del código civil.

RESOLUCION Nº 209-99- ORLC/TR. (LIMA, 23 de Agosto de 1999).

Apelación (...) contra la Observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de inscripción de la delegación de Poder. Que, (...) Rosa Alvina Osorio Arrascue otorgó poder general y especial a dona Juana Luz Osorio Arrascue para que la represente en el Perú, el mismo que corre inscrito en la ficha Nº 258960 del Registro de Personas Naturales de Lima (...); Que, según el título archivado en mención, cláusula décima, la poderdante autorizó a su apoderada a "sustituir este poder, en todo o en parte, reasumiéndolo cuando lo estime conveniente, lo mismo que podrá delegar en un tercero con las mismas facultades", en virtud de la cual la representante delega sus facultades en favor de Yone Victoria Osorio Arrascue; Que, de acuerdo con el Art. 155 del Código Civil el poder general comprende sólo los actos de mera administración (...); Que, en virtud de la delegación basada en el mismo principio de colaboración que inspira el apoderamiento, colaboración entre delegado y delegante, el representante, que permanece vinculado al representado y responsable ante él, delega sus facultades -en todo o en parte-, pero el delegado responde ante el delegante y éste ante el representado, no hay relación jurídica entre principal y delegado, como sí hay en la sustitución entre principal y sustituto; Que, el Código Civil "dispensa a la delegación y a la sustitución un idéntico tratamiento, subsumiendo la primera en la segunda" (Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo.- El Negocio Jurídico, pag. 235. Edic. J. Grijley, 1994); Que, (...) los actos jurídicos deben ser interpretadas en forma integral acorde con lo señalado en el Art. 169 del Código Civil, (...) puede concluirse que la voluntad de la delegante es la de delegar todas las facultades otorgadas por la representada; siendo que el señalar determinadas facultades en la cláusula cuarta del mismo instrumento, no significa una delegación parcial, sino facultad expresa para realizar los negocios detallados en la misma, sin excluir las demás facultades generales y especiales que ya se hablan consignado en la cláusula tercera; en razón de ello resulta procedente amparar la solicitud de inscripción; SE RESUELVE: REVOCAR la observación formulada por la Registradora Publica.

PRECEDENTE 25**Otorgamiento de poder. La voluntad de otorgar poder para disponer de la propiedad del representado debe manifestarse en forma indubitable**

RESOLUCION Nº 198-99- ORLC/TR. (LIMA, 20 de Agosto de 1999).

Que, conforme al Art. 145 del Código Civil, la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley; en el caso de la representación convencional, la voluntad del poderdante es facultar a una tercera persona - el apoderado - a actuar en su nombre y así debe manifestarlo; que, de lo glosado se desprende que doña Nelly Leonor Moreno León de Ramella intervino para dar su aprobación y conformidad al poder otorgado por su cónyuge, pero no manifestó su voluntad de otorgar ella también el poder en los mismos términos en favor de Luis Jesús Ramella Moreno; no podría entonces interpretarse que Nelly Leonor Moreno León de Ramella otorgó poder, puesto que no fue eso lo que manifestó; Que, de otro lado, se debe tener en cuenta que tratándose de un poder especial de administración y disposición del inmueble del representado, el encargo debe constar en forma indubitable, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 156 del Código Civil, es decir, cuando se trata de un acto de disposición como la transferencia de la propiedad, la voluntad del poderdante debe ser expresada en forma clara, que no deje dudas, lo que no ocurre en el caso de dona Nelly Leonor Moreno León de Ramella; Que, la rectificación que solicita el apelante únicamente podrá realizarse en virtud de una escritura pública en la que doña Nelly Leonor Moreno León de Ramella declare que fue su voluntad otorgar poder a Luis Jesús Ramella Moreno; SE RESUELVE: CONFIRMAR la denegatoria de inscripción formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales de Lima al título referido en la parte expositiva por los fundamentos expresados en la presente Resolución.

PRECEDENTE 26**Disposición de bienes del representado. "Para la eficacia de los actos de disposición o gravamen realizadas por apoderado, en razón a la implicancia patrimonial que dicho ejercicio conlleva, se requiere que las facultades sean otorgadas de manera expresa e indubitable".**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL No 017 - 2002 - ORLC/TR (LIMA, 15 de Enero del 2002)

(...) Al respecto el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 2001) indica que indubitable significa que no puede dudarse, no desprendiéndose del tenor del poder

otorgado, la facultad de disponer de los bienes inmuebles de los representados. Es de verse que para la eficacia de los actos de disposición o gravamen realizados mediante apoderado, en atención a la implicancia patrimonial extraordinaria que dicho ejercicio representativo conlleva, se requiere que dichas facultades hayan sido conferidas de manera expresa e indubitable, y, además que dicho encargo conste otorgado por escritura pública, pretendiéndose con esta política legislativa proteger al tercero, que es el destinatario y ante quien se ejerce la representación, esperando que el tercero no se vea obligado a indagar la intención del poderdante a través de su conducta o por medios indirectos; es así que la Ley ha querido para estos casos claridad. En este orden de ideas, siendo el acto en el cual interviene Luis Manuel Velásquez Maehira representando a Kosei Maekawa Nakama y Kosuke Naekawa Oshiro -en calidad de vendedores-, la venta del inmueble submateria, y no contando con la facultad de disponer de bienes inmuebles ni tampoco con la facultad de elevar a escritura pública un contrato en el cual no se ha acreditado, conforme a Ley, que se haya realizado en la fecha establecida en la minuta, no resulta amparable la inscripción rogada. (...) No resulta amparable la inscripción rogada. **RESOLUCIÓN (...): CONFIRMAR la observación formulada por el Registrador del Registro de Propiedad Inmueble de Lima al título referido en la parte expositiva, AMPLIÁNDOLA conforme a los fundamentos expresados en la presente Resolución. (...) DECLARAR que la presente resolución CONSTITUYE PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA EN LA APLICACIÓN DEL SIGUIENTE ENUNCIADO: "FECHA CIERTA"** Para efectos registrales la fecha del contrato de compraventa no está determinada por el momento del acuerdo de voluntades ni por la fecha de la minuta sino por la fecha del instrumento que lo formaliza.

PRECEDENTE 27

Otorgamiento de poder por el Directorio. "Excepto los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general u otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos de administración y disposición."

RESOLUCIÓN DEL TR No. 021 - 2002 - ORLC/TR (LIMA, 18 ENE. 2002).

La Registradora denegó la inscripción por los siguientes fundamentos: "De los antecedentes registrales no se desprende que el directorio tenga facultades para realizar el acto materia del presente título (delegación de facultades para efectuar todo tipo de contratos de arrendamientos financieros). (...) **PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES:** Debe determinarse si el directorio, como órgano de gestión y dirección de la sociedad anónima, tiene facultades respecto de actos de administración como de

disposición y consecuentemente, puede otorgarlas al gerente. ANÁLISIS: 1.- El artículo 172 de la Ley General de Sociedades (la Ley) establece que "el directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general"; (...). 2.- La Ley regula en la Sección Cuarta a los órganos de la sociedad anónima: en el Título I a la "junta general de accionistas", y en el Título II a la "administración de la sociedad", que comprende al "directorio" y la "gerencia". 3.- Los artículos 114 y 115 de la Ley señalan las atribuciones de la junta general entre las que se contempla - en el inciso 5) del artículo 115 -, el acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad. (...) 5.- En lo que respecta al directorio, el artículo 179 de la Ley dispone que los contratos que la sociedad celebre con un director que no versen sobre las operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros (...). 6.- En lo que se refiere a la gerencia, el artículo 188 de la Ley señala que es atribución del gerente general celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social (...); podrá celebrar también actos de disposición, siempre que se trate de actos ordinarios correspondientes al objeto social. 7.- La Ley ha previsto que la administración de la sociedad anónima está a cargo del directorio y la gerencia, pero conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, "administración de la sociedad" no es equivalente a "actos de administración", (...) 8.- Por lo tanto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyen a la junta general u otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar actos de administración y actos de disposición (...). 9.- Asimismo, corresponde examinar el artículo 172 de la Ley en la parte que señala que el directorio tiene facultades para la administración de la sociedad dentro de su objeto; al respecto, el artículo 11 de la Ley establece que la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social (...), 11.- Los actos relacionados con el objeto social que coadyuvan a la realización de sus fines son innumerables; dado que no se requiere que se encuentren expresamente indicados, no será posible que el Registrador Público califique, (...) evaluación que no sólo no le compete (...). 12.- Por lo tanto, los Registradores Públicos no podrán observar la inscripción de acuerdos del directorio referidos a actos de disposición argumentando que no se encuentran expresamente previstos dentro del objeto social (...), 13.- En cambio, como queda dicho, sí procederá observar la inscripción del acuerdo del directorio cuando se refiera a materias que expresamente el estatuto atribuya a la junta general u otro órgano o excluya expresamente de la

competencia del directorio, o cuando se trate de los casos previstos en la ley, como en el inciso 5) del artículo 115 y el artículo 77 de la ley. 14.- En la sesión del directorio, cuya inscripción se solicita, se otorgan poderes al gerente de la sociedad, Oscar Bauer Bunney, para que celebre contratos de arrendamiento financiero (...). 15.- Las facultades a que se refiere el acto de apoderamiento se encuentran dentro de las atribuciones propias del Directorio - en tanto no existe norma expresa que disponga lo contrario -, por lo que resulta procedente acoger la presente solicitud de inscripción. 16.- Que este mismo criterio ha sido recogido en las Resoluciones N° 238-2001-ORLC/TR del 08.06.01 y N° 240-2001-ORLC/TR del 12.06.01. **SE RESUELVE: REVOCAR** la observación (...) y **DISPONER** la inscripción del título, previo pago de los derechos registrales correspondientes. **PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA:** "Excepto los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general u otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos de administración y disposición."

PRECEDENTE 28

Poder Irrevocable. Es revocable en cualquier momento.

CUARTA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL (NORTE)

RESOLUCIÓN DEL TRN N°070-2002-ORLL/TRN (Trujillo, 22de Mayo del 2002)

El Registrador Público (e) Dr. Julio Ladines León, observó el título con esquila de fecha 29-01-2002, la misma que tiene el siguiente tenor:

" 1.- Antecedente: Inscripción de poder. 2.- Razones denegatorias: Conforme lo dispuesto por el artículo 153 del Código Civil, el poder cuando es otorgado para un acto especial es de carácter irrevocable, como lo es el presente caso por lo que el plazo del poder no puede ser mayor de un año, por ello a la fecha de su otorgamiento 29-05-99 y la fecha de presentación en el registro ha transcurrido en demasía el plazo contemplado en el artículo en mención, no siendo posible su inscripción en este Registro. 3.- Decisión: OBSERVAR el presente título por las consideraciones expuestas anteriormente. 4.- Recomendación: Deberá presentar escritura pública ratificatoria del poder otorgado el 29-05-1999, indicando además el número completo del documento de identidad del apoderado". PRIMERO: Que, mediante el título venido en grado se solicita la inscripción de un poder otorgado por don Gustavo Adolfo León Temple y su esposa doña Gladis Cecilia Arbulú Carrasco de León a favor de don Raúl León Meneses, a fin de que transfiera, por el precio y condiciones que crea conveniente, un lote de terreno de propiedad de los poderdantes, ubicado en el Balneario de La Esmeralda de Colán (...). SEGUNDO: Que, el presente tema exige

previamente el desarrollo de algunos conceptos jurídicos, como por ejemplo, la representación. Esta se entiende como la sustitución de la voluntad de una persona llamada representado por la voluntad de otra llamada representante, no obstante lo cual los efectos de la declaración de voluntad ajena, no recaen en la esfera jurídica del representante sino en la del representado. La representación puede ser legal o convencional. La primera la confiere la ley. La convencional o voluntaria emana de un acto jurídico en virtud del cual una de las partes le otorga a la otra su representación, generando la relación representativa cuya característica es el otorgamiento del poder, en la representación directa, que es un acto jurídico unilateral y recepticio y, además, autónomo respecto del acto jurídico por el cual el representante resulta obligado a ejercer la representación. TERCERO: Que, la representación voluntaria tiene como sustento la autonomía de la voluntad, pues depende únicamente de la manifestación de voluntad del interesado, que tiene que ser un sujeto con capacidad de goce y ejercicio, pues a su esfera jurídica se van a dirigir los efectos del acto que celebre su representante. El fundamento que la inspira es la colaboración que debe existir entre las personas, pues la consecución de algunos fines no puede lograrse si no es con la participación conjunta. Se sustenta en la confianza del representado en el representante. CUARTO: Que, la revocación es una de las formas de extinción del poder. Si éste surge a la vida del Derecho en base a la sola voluntad del representado, esta misma y única voluntad del representado será causa suficiente para provocar su extinción.. La revocación opera ad nutum, es decir, a sola voluntad del poderdante. Nada puede impedir que ante la pérdida de la confianza, el dominus revoque poderes o la representación misma en virtud de su autonomía privada. QUINTO: Que, la regla general es que el poder puede ser revocado en cualquier momento por el dominus, situación que ha sido prevista en nuestra legislación en el artículo 149 del Código Civil. Sin embargo, nuestra legislación, siguiendo a la doctrina comparada, contempla la existencia del poder irrevocable. El artículo 153 del Código Civil establece lo siguiente: "El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año." SEXTO: Que, el poder irrevocable es objeto de polémica en el campo civil y su admisión suele venir condicionada por la existencia de una causa legítima. En la doctrina, el nacimiento de un poder irrevocable se da cuando no concurre el interés para el representado o quede subordinado de cierto modo al interés del representante o al de un tercero. No existe, sin embargo, fundamento para asumir que todo poder otorgado para un acto especial tenga que ser irrevocable, y que como correlato de ello, el poder tenga una duración de un año. Nada impide que el representante otorgue

un poder para un acto especial y con duración mayor a un año. También, no todo poder que se otorgue por tiempo limitado tiene que ser necesariamente irrevocable. Nada impide que se otorgue un poder por un plazo mayor a un año, pues, como ya hemos dicho, la representación voluntaria tiene como sustento la autonomía de la voluntad. La irrevocabilidad, entonces, deberá nacer de la necesidad misma del encargo o de la seguridad que exija en su momento el representante para ejecutarlo, pero únicamente para efectos indemnizatorios. SETIMO: Que, el tema del poder irrevocable no concuerda con el conjunto normativo que sobre representación tiene el Código Civil, a tal punto que el Dr. Aníbal Torres Vásquez, sostiene que los dos primeros casos del artículo 153 no tienen justificación alguna. Señala que disposiciones como ésta no buscan solucionar sino crear problemas sociales, o sea, hacen todo lo contrario a la función que debe cumplir el Derecho. Este autor se pregunta ¿Qué puede justificar que el poder otorgado para vender un bien (acto especial) o el otorgado para administrar un negocio por seis meses (poder por tiempo limitado) sean irrevocables? . En suma, tenemos dos dispositivos, el artículo 149 del Código Civil, que establece como norma general la revocabilidad del poder, y el artículo 153 del mismo cuerpo normativo, sobre irrevocabilidad, lo que genera un problema hermeneútico de contradicción normativa, lo que se resuelve a través de la logicidad, es decir, se hace inevitable hacer prevalecer una sobre la otra, y para estar seguro de la elección hay que interpretar ambas normas haciéndolas concordar con el conjunto normativo. OCTAVO: Que, es posición unísona en la doctrina que el poder irrevocable puede ser revocado por el poderdante en cualquier momento, pues nada debe constreñir al representado si no quiere que otro celebre actos jurídicos por él. Dada la especial naturaleza y gravedad que tiene la concesión de un poder irrevocable, por razón de la excesiva limitación de la propia libertad que en otro caso implicaría, que ha de considerarse admisible la revocación del poder irrevocable, no obstante la irrevocabilidad establecida, cuando medie una causa grave que lo justifique. Incluso se admite que esta revocación opere ad nutum. Habría lugar, sostienen los estudiosos, al resarcimiento de los daños y perjuicios, lo que confirmaría que el sustento del poder irrevocable se halla en un interés del representante o de un tercero, que puede ceder ante la decisión del poderdante de revocar el poder, pero que se verá resarcido por alguna indemnización. NOVENO: Que, tenemos que el poder irrevocable puede ser revocado en cualquier momento. Ello nos lleva a concluir que el carácter irrevocable del poder no tiene trascendencia registral, pues así se haya la irrevocabilidad estipulado expresamente en el instrumento que lo contiene, el poder siempre podrá ser revocado por el poderdante. Entonces, el plazo establecido en el artículo 153 del Código Civil es para la duración de la irrevocabilidad pero sólo

para fines indemnizatorios, y vencido el término final, seguirá subsistiendo como cualquier otro poder, salvo que el plazo de vigencia consignado en el poder sea igual o menor a un año, en cuyo caso se extingue a su vencimiento. Para ser coherente con la doctrina y el conjunto normativo peruano, el poder irrevocable tiene trascendencia en la relación que se establezca entre el poderdante con el apoderado o el tercero beneficiario, pero solamente para efectos de la indemnización que podría generarse en caso de que la revocación del poder irrevocable por el poderdante les ocasione daño, y que de ocurrir será determinado pero por otras instancias. Por las consideraciones expuestas y estando a lo acordado, con la ponencia del Vocal, Dr. Hugo Echevarría Arellano; SE RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR la observación efectuada por el Registrador al título venido en grado y disponer su inscripción por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

PRECEDENTE 29

Poder irrevocable. Es posible inscribir la revocación de un poder otorgado de conformidad con el artículo 153 del Código Civil, cuando la relación de confiabilidad que lo mantiene desaparece.

RESOLUCION DEL TR Nº 417-2001-ORLC-TR (Lima, 26 setiembre 2001)

Apelación interpuesto (...), contra la denegatoria de inscripción de revocatoria de poder formulada por **el Registrador (e) del Registro de Personas Naturales, Dr. Marco Enrique Bobadilla Linares**. El título Nº 59800 se presentó el 28 de marzo de 2001; el Registrador formuló la siguiente observación: “ ... En la partida Nº 11205686 figura que el poder que otorgó don Alberto Antonio Valdez Collantes a favor de doña Cirila Fuentes Santos mediante escritura pública del 16/08/2000 ante el Notario de Lima Dr. Jaime Alejandro Murguía Caveró es irrevocable”; interviniendo como Vocal ponente el Dr. Walter Poma Morales; y (...) Que, el poder otorgado por Alberto Antonio Valdez Collantes a favor de Cirila Fuentes Santos, a efectos de que en su nombre suscriba la escritura pública de la compra de la tienda Nº 103 ubicada en el edificio T-2 de la Urbanización Los Próceres, distrito de Santiago de Surco – Lima (...), se encuentra inscrito en la partida Nº 11205686 del Registro de Mandatos y Poderes del Registro de Personas Naturales; Que, en la indicada partida consta que el citado poder es de carácter irrevocable; y siendo materia de apelación la denegatoria de inscripción de la revocatoria del referido poder amparándose en el artículo 153 del Código Civil, que regula el poder irrevocable, debe esta instancia pronunciarse al respecto; Que, el artículo 145 del Código Civil establece que el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. El Art. 149 consagra el principio general de la revocabilidad del poder al expresar que el poder

puede ser revocado en cualquier momento; Que, sin embargo, el artículo 153 del mismo cuerpo normativo, regula el poder irrevocable contemplando tres supuestos: que se estipule para un acto especial, que sea por tiempo limitado, y cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero; el mismo artículo establece que el plazo de este poder no puede ser mayor de un año; (...) Que, en principio de conformidad con el artículo 149 del Código Civil, al sustentarse la representación en una relación de confianza, puede el apoderado en cualquier momento que cese dicha situación, revocar dicho poder, reasumiendo así las facultades conferidas; Que, en el caso del poder irrevocable, aunque la actividad y la gestión se realice en interés del poderdante o representado, coexisten además intereses del representante o apoderado, que se buscan salvaguardar, adquiriendo de ese modo una característica no tenuta por la figura de la representación que es el sustento de la irrevocabilidad del poder aún cuando éste haya sido otorgado por un tiempo limitado o para un acto específico; Que, La Cruz Berdejo al comentar los efectos del poder irrevocable (En: Parte General del Derecho Civil, Vol. III), distingue un efecto relativo u obligacional y un efecto absoluto o real, señalando que por el primero la revocación implicaría un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el poderdante en su otorgamiento de poder de tal modo que generaría una indemnización por los perjuicios derivados del incumplimiento; mientras que el efecto absoluto o real supone la renuncia del derecho a revocar y el desconocimiento de ésta; Que, sin embargo, la exposición de motivos y comentarios del Código Civil, al comentar el artículo 153 del código Civil, señala que “por regla general , siempre es posible la revocación, aun cuando el poder haya sido otorgado con carácter irrevocable, pues nada debe constreñir al representado, si no quiere, que otros celebren actos jurídicos por él; del mismo modo Fernando Vidal Ramírez en su obra Tratado de Derecho Civil Tomo III Volumen II, pag. 322, comentando el poder irrevocable , señala “... que el poder es siempre revocable a tenor del principio general contenido en el artículo 149 , puesto que en la base del poder no deja de estar el interés del representado”; Que, en consecuencia, no obstante haber regulado el Código Civil la figura del poder irrevocable, consideramos que en tanto el poder parte de un acto unilateral de libre voluntad del representado para designar en una persona los actos que deba realizar en su nombre y que van a recaer directamente en su esfera jurídica, debe primar con la admisión de la revocación del poder irrevocable la salvaguarda de dicho interés, en contraposición con el de preservar el interés del representante o del tercero, en tanto es la libre la voluntad del poderdante la que da nacimiento al acto de apoderamiento, sustentada como ya se ha señalado en la preexistencia de una relación de confianza; Que, de lo expuesto, se concluye que es

posible inscribir la revocación de un poder otorgado de conformidad con el artículo 153 del Código Civil, cuando la relación de confiabilidad que lo mantiene desaparece, pues así lo ha manifestado el representado en la cláusula segunda de la escritura pública del 20 de marzo de 2001, cuya inscripción se solicita; en ese mismo, sentido se ha pronunciado esta instancia en su resolución N° 118-2001-ORLC/TR del 15 de marzo de 2001; SE RESUELVE: REVOCAR la observación del Registrador (...) al título referido en la parte expositiva de la presente resolución, por los fundamentos advertidos.

PRECEDENTE 30

Sustitución o delegación de facultades. La sustitución o delegación de facultades sólo puede efectuarse cuando se cuente con facultad expresa para ello.

RESOLUCION DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 296-2002-ORLC-TR (Lima, 17 junio 2002).

Sustitución o Delegación de facultades. “La sustitución o delegación de facultades sólo puede efectuarse cuando se cuente con facultad expresa para ello”.

Elizabeth Susana Tola Chapelle indica que en asamblea general de asociados del 03 de agosto de 2001 la Asociación Benéfica Angloamericana le otorgó poder para una diversidad de actos, los que podrá ejercer en forma conjunta con otro apoderado; poderes éstos que delega a favor de Alfredo Tola Rivero.

El Registrador denegó la inscripción por los siguientes fundamentos: 1.- (...) La apoderada Elizabeth Susana Tola Chapelle, no cuenta con facultades para delegar las mismas; asimismo, se advierte que las facultades que se le otorgaron, deberán ser ejercidas conjuntamente (...) 2.- El acuerdo de delegación de facultades, debe constar en instrumento público conforme lo establecido por el artículo 2010 del Código Civil. 3.- La delegación efectuada por la apoderada Elizabeth Susana Tola Chapelle con la característica de ser irrevocable por el plazo de tres años, contraviene lo dispuesto por el artículo 153 del Código Civil. (...) Planteamiento de las cuestiones (...) son las siguientes: 1.- Si Elizabeth Tola Chapelle tiene facultad para delegar las facultades que le fueron otorgadas por la Asociación Benéfica Angloamericana mediante asamblea general de fecha 03 de agosto de 2001. 2.- La formalidad que debe observarse en la delegación de facultades. Análisis. (...) El presente título se refiere a una delegación de poder, en ese sentido, si bien doctrinariamente existe diferencia conceptual entre la sustitución y la delegación de poder, nuestro ordenamiento jurídico sustantivo únicamente regula la sustitución, entendiéndose en consecuencia que la

delegación debe adaptarse a tal figura. (...) a la fecha de otorgamiento de la delegación efectuada por Elizabeth Tola Chapelle en favor de Alfredo Tola Rivera, esto es el 20-02-02, la primera de las nombradas contaba con las facultades que le habían sido otorgadas mediante asamblea general del 03 de agosto de 2001, facultades que estarían vigentes hasta el 04 de marzo de 2002 fecha en que se acordó la revocatoria de las mismas, hecho que debe ser tomado en cuenta a efectos de la calificación del subapoderamiento que se pretende inscribir. 4.- Visto el título archivado N° 150922 del 15 de agosto de 2001, que diera mérito al asiento A 00002 de la partida registral, se aprecia que entre las facultades otorgadas a Elizabeth Tola Chapelle no le han sido concedidas las facultades para delegar o sustituir el poder, (...) no contaba con la facultad de delegar el poder que le había sido conferido; debe por tanto, confirmarse el primer extremo de la observación. 5.- En relación a que las facultades conferidas, deben ser ejercidas conjuntamente con otro de los apoderados designados por la asociación, cabe señalar que conforme puede apreciarse del asiento A 00002, efectivamente las facultades otorgadas a Elizabeth Tola Chapelle serán ejercidas en forma conjunta con Gonzalo Garrido Lecca Alvarez Calderón o con Guillermo Garrido Lecca Frías, por lo que debe entenderse que las facultades delegadas a Alfredo Tola Rivera deberían ser ejercidas conforme a los mismos términos del poder conferido a Elizabeth Tola Chapelle. 6.- En cuanto a la formalidad (...) de conformidad con el principio de titulación auténtica recogido en el artículo 2010 del Código Civil: La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria. En el caso de las personas jurídicas, el artículo 2028 del Código Civil, establece que “no se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su aprobación basta la presentación de copias notarialmente certificadas de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo”. Ahora bien sólo algunos órganos de las personas jurídicas asientan sus acuerdos en actas, y éstas a su vez en libros legalizados de los que es posible obtener copias certificadas. Por lo tanto, el documento privado que da mérito a la inscripción de poderes en el Registro de Personas Jurídicas es la copia certificada del acta en la que consta el acuerdo, la que no se ha presentado en este caso ni podría presentarse en razón a que quien delega el poder en representación de la asociación no es un órgano cuyos acuerdos constan en actas. En consecuencia, en este caso la sustitución o delegación debió estar contenida en escritura pública por lo que debe confirmarse el segundo extremo de la observación. 7.- En el punto 3 del documento privado se señala: “la delegación se hace con la característica expresa de ser irrevocable por el plazo de tres años”, hecho que contravendría el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil, el

cual señala que el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año. Debiendo en consecuencia confirmarse el tercer extremo de la observación. 8.- Sin perjuicio de lo expuesto, puede apreciarse que las facultades delegadas a Alfredo Tola Rivera son la totalidad de las otorgadas a Elizabeth Tola Chapelle, señalándose, en el documento que contiene el acto de delegación que (...). Al respecto, debe señalarse que significando la sustitución el otorgamiento a un tercero de todas o de algunas facultades que le fueron concedidas al representante, la reasunción de las facultades por el representante, tendrá lugar cuando éste revoque la sustitución o delegación hecha en favor de tercero, lo que implica que no podrán ejercer las facultades de manera alternativa el representante y el tercero sustituto o delegado, pues de conformidad con el artículo 159 del Código Civil la sustitución puede ser revocada por el representante reasumiendo el poder, salvo pacto distinto. RESOLUCIÓN. CONFIRMAR la observación formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas de Lima, al título referido en la parte expositiva de la presente resolución.

PRECEDENTE 31

Representación de hecho. Si bien los directivos cesan en sus funciones automáticamente una vez vencido el plazo para el que fueron elegidos, también es cierto que, debe reconocerse la “representación de hecho” de las personas jurídicas cuando los directivos continúan ejerciendo “de facto” sus cargos, quienes se encontrarían legitimados, excepcionalmente, para aquellas facultades “necesarias” o “vitales” para la continuidad y funcionamiento del ente como resulta ser la convocatoria a una siguiente Asamblea de Elección de los nuevos directivos que regularizará el estado de “acefalía”, debiendo entenderse que durante este periodo, sólo tendrán esa facultad y no otras, sin que ello signifique en modo alguno prórroga del mandato.

RESOLUCION DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 478-1998-ORLC-TR (Lima, 29 diciembre 1998).

Que, mediante el título venido en grado, se solicita la inscripción del nombramiento de los Consejos Directivo y de Vigilancia de la Asociación Mutualista Honor y Lealtad - AMHOLE-, en mérito a copias certificadas de la sesión del Consejo Directivo del 27 de marzo de 1998, actas de Asamblea General del 12 de enero de 1996, 24 de abril de 1998, 25 de julio de 1998, aviso de convocatoria y relaciones de asistentes a la última asamblea, así como actas de cierre de sufragio de Lima y Callao y de Provincias de fechas 11 y 16 de julio de 1998 y acta de cómputo total de elecciones del 17 del mismo mes y año; (...) Que, el Estatuto de la Asociación, contenido en el título archivado N° 5801 del 17 de enero de 1994 y que dio mérito a la extensión del as. 06,

fs. 380 del tomo 15 del libro de Asociaciones, en su art. 37 establece que el Consejo Directivo será elegido en elecciones generales para un ejercicio de dos años, pudiendo ser reelegidos para un periodo igual; (...) Que, la asociación -en tanto persona jurídica- es un sujeto de derecho que goza de la misma capacidad que cualquier otra persona colectiva de derecho privado, que además de tener un nombre, domicilio, patrimonio, debe tener representantes a través de los cuales poder expresarse y velar por sus intereses; si bien los directivos cesan en sus funciones automáticamente una vez vencido el plazo para el que fueron elegidos, también es cierto que, debe reconocerse la “representación de hecho” de las personas jurídicas cuando los directivos continúan ejerciendo “de facto” sus cargos, quienes se encontrarían legitimados, excepcionalmente, para aquellas facultades “necesarias” o “vitales” para la continuidad y funcionamiento del ente como resulta ser la convocatoria a una siguiente Asamblea de Elección de los nuevos directivos que regularizará el estado de “acefalía”, debiendo entenderse que durante este periodo, sólo tendrán esa facultad y no otras propias de quienes tienen mandato vigente, sin que ello signifique en modo alguno prórroga del mandato, ya que ésta sí determinaría la continuidad de los órganos directivos con todas sus facultades y funciones; en ese orden de ideas, a fin de admitir la “representación de hecho”, la validez de la convocatoria y elección de la nueva directiva, corresponderá al Registrador evaluar discrecional y documentalmente (de conformidad con los antecedentes registrales, las normas legales aplicables, la Jurisprudencia y casuística registral), la continuidad “de facto” inmediata de la directiva que recientemente cesó en sus cargos, es decir, desde la fecha en que venció su mandato hasta la fecha de realización de la nueva Asamblea General de Elecciones; Que, en el presente caso, se observa: a) que en sesión del citado órgano realizado el 27 de marzo de 1998 se acordó convocar a Asamblea General Ordinaria para el 24 de abril de 1998 y se eligió al Comité Electoral encargado de la dirección y conducción del proceso electoral; b) que el 23 de abril de 1998 se publicó en el diario La República el cronograma para las elecciones, señalándose como fecha de inicio el 30 de abril y como fecha de la proclamación de la lista ganadora y juramentación de los miembros directivos el 25 de julio de 1998, elecciones realizadas de conformidad con los artículos 61 y siguientes del Estatuto; c) que en Asamblea General Ordinaria del 24 de abril de 1998 se trataron los temas de la memoria anual, balance de 1997 y presupuesto de 1998, entre otros, acordándose fuera de agenda la prórroga del mandato por noventa días de la directiva presidida por Justo Palomino Rubianes; d) en las actas del Comité Electoral referidas al cómputo total de las elecciones del 17 de julio de 1998, que las elecciones se realizaron en las fechas previstas 09,10 y 11 de julio, resultando ganadora la lista Nº 2 presidida por

Enrique Oblitas Jaen; y, e) que en Asamblea General del 25 de julio de 1998 se cumplió con proclamar a los consejos para el período 1998-2000 y realizar la juramentación de los integrantes en sus cargos; Que, todas estas circunstancias permiten colegir que el Consejo Directivo de la Asociación ha continuado actuando, quedando claro que la elección del Comité Electoral fue realizada por quienes, según los artículos 37 y 63 del Estatuto, tenían legitimidad para actuar; (...). SE RESUELVE: CONFIRMAR la denegatoria de inscripción formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas de Lima al título referido en la parte expositiva, por los distintos fundamentos señalados en la presente Resolución.

PRECEDENTE 32

“La verdadera intención del agente o agentes no siempre puede coincidir con lo expresado y cuando ello ocurre, debe darse al acto su verdadera significación, derivada de su naturaleza, contenido y circunstancias, aun cuando dicha significación no coincida con la declaración”.

RESOLUCIÓN N° 097-2002-SUNARP-TR-L

APELANTE : JESUS JORGE HUAMAN ROSAS

HOJA DE TRÁMITE : N° 5476 DEL 16 DE JULIO DE 2002

TÍTULO : N° 700 DEL 6 DE SETIEMBRE DE 2002

REGISTRO : PERSONAS NATURALES - HUANCAYO

ACTO : PODER IRREVOCABLE

SUMILLA : Interpretación del acto jurídico

I. ACTO CUYA INSCRIPCION SE SOLICITA Y DOCUMENTACION PRESENTADA

Mediante el título venido en grado se solicita la inscripción del poder especial e irrevocable que otorga el señor Luis Alfredo Caballero Grandes a favor del Banco Wiese Sudameris - Sucursal Huancayo, en virtud de la escritura pública otorgada ante la Notaría de Huancayo, Dra. Elsa Canchaya Sánchez, con fecha 15 de Julio de 2002.

II. DECISION IMPUGNADA

Se ha interpuesto apelación contra la observación formulada por la Registradora Pública del Registro de Personas Naturales de Huancayo, Dra. Ines Fabiola Carrasco Aparicio.

La Registradora denegó la inscripción por los siguientes fundamentos:

“Estando al reingreso de fecha 19.08-2002, se reitera la observación de fecha 24.07.2002, en todos sus extremos:

1. La escritura en las cláusulas segunda, tercera y siguientes señala que el acto jurídico materia de rogatoria se refiere al otorgamiento del poder (art. 145 y s.s. del Código Civil), sin embargo la cláusula novena señala:

“Las partes dejan expresa constancia que el presente mandato irrevocable de venta no sera remunerado” dejando constancia las diferencias entre el poder y mandato.

2. Asimismo, se advierte que se procede a redactar dos cláusulas denominadas "quinta".

Art. 2011 del C.C., Arts. 32 y 37 del R.G.R.P.”

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apelante manifiesta en su recurso que el título materia de rogatoria no amerita ninguna aclaración, pues se trata de un poder especial e irrevocable que en forma unilateral otorga el señor Luis Alfredo Caballero Grandes, conforme se persuade del texto de todas sus cláusulas, interpretadas sistemáticamente con arreglo al Art. 169 del C.C. Asimismo expresa que no está ante un contrato de mandato, por cuanto sólo se trata de un poder que unilateralmente otorga la persona mencionada, sin que se establezcan obligaciones respecto al representante. Finalmente señala que respecto del segundo punto de la observación no existe ningun error en el parte presentado.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

No existe antecedente registral en el presente caso.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como Vocal ponente la Dra. Martha Silva Díaz

De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala las cuestiones en discusión son las siguientes:

- Si del título presentado puede determinarse el acto que contiene: un poder irrevocable o un mandato.
- Si el parte notarial presentado presenta deficiencias en su texto.

VI. ANÁLISIS

PRIMERO: Verificada la escritura pública del 15 de julio de 2002, otorgada por Luis Alfredo Caballero Grandes a favor del Banco Wiese Sudameris - Sucursal Huancayo, se aprecia de la cláusula segunda que "el otorgante otorga poder especial e irrevocable a favor del representante para, que, actuando en su nombre y representación, pueda vender el inmueble a que se hace referencia en la cláusula precedente, hasta por un monto no menor a las dos terceras partes del valor comercial que le fuese asignado en el punto 3.5) de la cláusula tercera de la escritura" de aclaración de hipoteca y constitución de nueva hipoteca de fecha 15 de julio de 2002, "ascendente a la suma de ciento setentiún mil cuatrocientos dieciséis y 67/1000 dólares de los Estados Unidos de America, firmando para tal efecto, los documentos

públicos y privados que corresponda, recibiendo el precio, haciendo efectivos los cheques que con tal fin sean girados y otorgando los recibos y cancelaciones del caso".

Asimismo, en la cláusula sexta de la minuta inserta en la escritura precitada consta expresamente que el poder "se otorga por el plazo de un año, conforme al artículo 153° del Código Civil, iniciándose su vigencia a partir de la fecha de la escritura pública que origine la presente minuta, no obstante, el otorgante se obliga a renovarlo dentro de los dos meses previos a su vencimiento, en caso que el representante no haya vendido hasta esa oportunidad el inmueble mencionado en la clausula primera del presente instrumento, de modo tal que al vencimiento del poder original el representante cuente con un nuevo poder otorgado en los mismos términos que el presente".

SEGUNDO: Al respecto es preciso señalar que el artículo 153 ^[1] del Código Civil establece los supuestos en que se configura la existencia del poder irrevocable, es decir "debe existir la necesidad de un legítimo interes - concreto y objetivado - exclusivo del representante o conjuntamente con un tercero, que sea digno de protección jurídica, el cual existe siempre y cuando medien facultades especiales, las mismas que se confieren para actos específicos, o cuando la irrevocabilidad es el medio de asegurar la satisfacción de intereses y constituye estipulación esencial en un marco contractual" ^[2]. Asimismo la norma atendiendo a la propia naturaleza del negocio o acto específico para el que se otorga el poder, dispone que este tenga una duración limitada a un año.

TERCERO: Sin perjuicio de lo expuesto, conforme al principio registral de especialidad ^[3] los bienes, personas y derechos inscribibles deben encontrarse perfectamente determinados o individualizados a efectos de su adecuada publicidad, en este sentido, el análisis que realice el Registrador, debe centrarse en determinar con precision el acto o derecho que se solicita inscribir, de tal forma que no existe posibilidad de brindar una publicidad ambigua frente a terceros respecto del contenido de la inscripción.

CUARTO: De otro lado, deben tenerse en cuenta las diferencias entre poder y mandato que resultan relevantes en tanto la observación formulada señala la existencia de una imprecisión al respecto. Sobre la materia se aprecia que "la relación de mandato tiene su origen en un contrato (negocio bilateral), el de mandato, obligatorio *inter partes*, en virtud del cual el mandatario se *compromete* a realizar una actividad o celebrar un negocio por cuenta del mandante, pero sin que pueda obrar a nombre de éste. Mientras que el poder, como facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge de un negocio unilateral -apoderamiento- (o de la ley)

procedente del representante; pero el representante no resulta obligado a nada como consecuencia de serlo^[4] “.

QUINTO: Igualmente, esta instancia se ha pronunciado en reiterada y uniforme jurisprudencia, como las Resoluciones N° 011-2001-ORLC/TR del 10 de enero de 2001 y N° 217-98-ORLC/TR del 9 de junio de 1998, con relación a la interpretación del acto jurídico, conforme a las normas previstas en los artículos 168 al 170 del Código Civil^[5], por cuando la verdadera intención del agente o agentes no siempre puede coincidir con lo expresado y cuando ello ocurre, debe darse al acto su verdadera significación, derivada de su naturaleza, contenido y circunstancias, aun cuando dicha significación no coincida con la declaración.

SEXTO: En lo que atañe al poder que se solicita inscribir, se aprecia que éste ha sido otorgado en forma unilateral por don Luis Alfredo Caballero Grandes, circunstancia que lo configura como tal y no como un contrato de mandato, que ha sido conferido en interés común del representado y del representante, puesto que es el deudor quien faculta a su acreedor para que efectúe la venta del inmueble que constituye la garantía de una obligación contraída por aquél en favor de este último, por lo que en consecuencia, y a diferencia de los otros dos supuestos previstos en el artículo 153 del Código Civil (el otorgado para un acto especial y el concedido por tiempo limitado), el acto jurídico sub-materia constituye por naturaleza, un poder irrevocable.

La mención aislada de la palabra "mandato" consignada en la cláusula novena del instrumento presentado, no varía entonces la naturaleza del acto otorgado.

De lo anteriormente expresado, el acto que se solicita inscribir se encuentra perfectamente delimitado, tratándose de un poder irrevocable, procediendo revocar el primer extremo de la observación formulada.

SÉTIMO: De otro lado, con relación al instrumento que contiene el acto a inscribir, el mismo está constituido por el parte notarial de la escritura pública en la que consta inserta la minuta conteniendo el poder irrevocable. Al respecto, los artículos 51 y 47 de la Ley del Notariado establecen que la escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, que contiene uno o más actos jurídicos, que contendrán: a) La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente; b) Los comprobantes que acrediten la representación, cuando sea necesario su inserción; c) Los documentos que los comparecientes soliciten su inserción; d) Los documentos que por disposición legal sean exigibles; y, e) Otros documentos que el notario considere convenientes.

“El parte contiene la transcripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y con la

constancia de encontrarse suscrito por los comparecientes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que lo expide. No requiere ser expedido en duplicado, bastando se agregue al parte una foja firmada por el notario que contenga la mención de la fecha del instrumento público notarial, el nombre de los otorgantes y el acto o contrato que contiene, para la devolución por el registro Público, con la anotación de la inscripción o la denegatoria de la misma." ^[6]

OCTAVO: Con relación al contenido de la minuta inserta, atendiendo a lo expresado por la Notaria autorizante en el escrito del 16 de agosto de 2002, en el sentido "que en el parte remitido no se repiten dos cláusulas (quinta) por cuanto este guarda concordancia con mi Registro de escrituras públicas, en el cual están perfectamente redactadas", se colige entonces que el traslado instrumental presentado al Registro contiene un error consistente en la repetición de la parte final de la cláusula cuarta y la parte inicial de la cláusula quinta, lo que resta claridad al instrumento. En este sentido, procede confirmar el segundo extremo de la observación formulada.

Sin perjuicio de ello, es preciso señalar que dicho error es subsanable con la presentación de un nuevo traslado instrumental, lo que puede efectuarse dentro del plazo previsto en el artículo 162 ^[7] del Reglamento General de los Registros Públicos.

Estando a lo acordado por unanimidad:

VII. RESOLUCIÓN

REVOCAR el primer extremo de la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales, **CONFIRMAR** el segundo extremo de la misma y **DECLARAR** que el título es inscribible siempre que se subsane el defecto señalado conforme a lo establecido en el último acápite del Análisis de la presente resolución. Dra. Martha Silva Diaz, Presidenta de la Primera Sala del Tribunal Registral; **Dra. Gloria Salvatierra Valdivia**, Vocal; **Dr. Luis Alberto Aliaga Huaripata**, Vocal.

^[1] **Artículo 153 del Código Civil.- Poder Irrevocable.** El Poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

^[2] Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Editora Grijley. Lima- Perú. Pág. 243.

^[3] **Art IV del Reglamento General de los Registros Públicos. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD (...)**

^[4] **ALBALADEJO, Manuel** *Derecho Civil I. Vol II*. José María Bosch. Editor. 14º Edición Barcelona, 1996, pág 381.

^[5] **Artículo 168.- (...).**

Artículo 169 – (...).

Artículo 170 – (...).

^[6] Artículo 85 de la Ley del Notariado.

^[7] **Artículo 162 del Reglamento General de los Registros Públicos. - Plazo para subsanar nuevos defectos u obstáculos.** Cuando el Tribunal Registral confirme la observación u observaciones formuladas por el Registrador, o al revocarlas advierta nuevos defectos subsanables u obstáculos que emanen de la partida, el interesado tendrá quince (15) días, contados desde la notificación de la resolución respectiva, para cumplir con subsanar dichos defectos u obstáculos y, en su caso, efectuar el pago del mayor derecho. Cumplido dicho requerimiento, el Registrador tendrá cinco (5) días para extender los asientos de inscripción. En el caso de no haberse subsanado las deficiencias advertidas o no haberse pagado el reintegro respectivo dentro de los quince días a que se refiere el párrafo anterior los documentos integrantes del título presentado se pondrán a disposición del interesado, quien podrá retirarlos bajo cargo, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 164 de este Reglamento.

PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

PRECEDENTE 33

PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA RATIFICADOS POR EL PRIMER PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL DE LA SUNARP REALIZADO LOS DIAS 13 Y 14 DE SETIEMBRE DEL AÑO 2002

Publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de enero de 2003.

4.- “Cuando se ha otorgado poder a una o varias personas en su calidad de miembros del Consejo de Administración de una cooperativa, se entiende que ha sido otorgado en uso de sus atribuciones de gobierno, por lo que no podría seguir vigente una vez vencido el período del mandato para el que fueron elegidos.”

Resolución N° 596-2001-ORLC/TR (26 de diciembre de 2001, publicada el 11 de enero de 2002).

APELANTE : JOSÉ ANTONIO CALDERÓN LIBERATO

HOJA DE TRÁMITE : N° 793 DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 2001

TÍTULO : N° 12317 DEL 31 DE OCTUBRE DE 2001

REGISTRO : REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE DEL CALLAO.

ACTO INSCRIBIBLE : ADJUDICACIÓN

I. DECISIÓN IMPUGNADA

Se ha interpuesto apelación contra la observación formulada por el Registrador Dr. Javier Gómez De La Torre Briceño del Registro de Propiedad Inmueble del Callao. El Registrador denegó la inscripción por los siguientes fundamentos: “Deberá intervenir Esteban Valdivia Mamani como representante de la adjudicante la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457, de conformidad con el As. 20 de la ficha N° 51 del Registro de Personas Jurídicas del Callao que otorga poder a favor de los señores: Presidente: Hugo Masías Morales, Secretario: ESTEBAN VALDIVIA MAMANI y Gerente: Alfonso Tapia Castillo, entendiéndose que dicho poder debe ser ejercido en forma conjunta por los mencionados, debiendo adjuntar cláusula adicional de compraventa, en la cual se encuentre también la firma legalizada de Esteban Valdivia Mamani. Se deja constancia que debe tenerse presente que se desprende de la partida Registral asiento 20 de la ficha N° 51 antes mencionada, así como del título archivado N° 3757 del 21/5/1990 que dio mérito a dicha inscripción, dichas facultades fueron otorgadas para ser ejercidas en forma conjunta por el Presidente, Secretario y Gerente del Consejo de Administración arriba mencionado, al precisarse en el acta del 28/10/89 que consta del título archivado indicado que se acuerda otorgar poderes a los siguientes miembros del Consejo de Administración al Presidente: Hugo Masías Morales. Secretario: ESTEBAN VALDIVIA MAMANI y Gerente Alfonso Tapia Castillo, señalándose incluso entre otras facultades, que todo tipo de contratos deberá ser suscrito por el Presidente, el Gerente y el Secretario, siendo éste el caso no sería de aplicación la presunción invocada, debiendo por tanto, a efectos de una mejor calificación, intervenir en el presente el Secretario mencionado. Base Legal: Art. 2011 y Art. 156 del Código Civil.”

II. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA

Mediante el título materia de grado se solicita la inscripción de la adjudicación del lote 4 de la manzana C, supermanzana 5, de la urbanización Benjamín Doig Lossio, Primera Etapa, con un área de 136.00 m², otorgada por la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457 representada por el Presidente del Consejo de Administración Hugo Masías Morales y por el Gerente Alfonso Tapia Castillo a favor de Jorge Walter Cruz Asmad y su cónyuge Carmen Rosa Farfán Calderón de Cruz, en virtud del contrato privado de adjudicación del 15 de julio de 1990, con firmas legalizadas el 22 de agosto de 2001 por el Notario del Callao Germán Núñez Palomino.

III. ANTECEDENTE REGISTRAL

El inmueble materia de adjudicación corre registrado en la ficha N° 30697 del Registro de Propiedad Inmueble del Callao, cuyo dominio corresponde a la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457 inscrita en la ficha N° 51 del Registro de Personas Jurídicas del Callao.

IV. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala la cuestión en discusión es, si los representantes Hugo Masías Morales y Alfonso Tapia Castillo cuentan con facultades suficientes para adjudicar bienes inmuebles de la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457.

V. ANÁLISIS

1.- El Registrador denegó la solicitud de inscripción, por cuanto la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457 debe ser representada conjuntamente por su Presidente: Hugo Masías Morales, Secretario: Esteban Valdivia Mamani y Gerente: Alfonso Tapia Castillo, conforme consta del asiento 20 de la ficha N° 51 del Registro de Personas Jurídicas.

2.- El recurrente arguye que en la partida Registral precitada no se señala expresamente que los apoderados deban suscribir los contratos en forma conjunta, amparándose en el Artículo 147 del Código Civil, que señala que si no se establece expresamente que los representantes actuarán en forma conjunta se presume que actuarán indistintamente.

3.- En el título materia de alzada obra inserto el contrato privado de adjudicación de conformidad con el Decreto Supremo N° 009-88-VC del lote N° 4 de la manzana C, supermanzana 5 inscrito en la ficha N° 30697 del Registro de Propiedad Inmueble del Callao, cuyo dominio corresponde a la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457.

4.- Dicho contrato de conformidad al Artículo 6 del Decreto Supremo acotado, se ha presentado con firmas legalizadas, de Hugo Masías Morales en calidad de Presidente del Consejo de Administración y Alfonso Tapia Castillo en calidad de Gerente de la Cooperativa, así como de la sociedad conyugal adjudicataria conformada por Jorge Walter Cruz Asmad y Carmen Rosa Farfán Calderón de Cruz, por el Notario del Callao Germán Núñez Palomino el 22 de agosto de 2001.

5.- La Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457 Ltda. corre inscrita en la ficha N° 51 del Registro de Personas Jurídicas del Callao, coligiéndose del asiento 20 que por Asamblea General del 28 de octubre de 1989 se otorgó poder a favor de los señores: Hugo Masías Morales, Esteban Valdivia Mamani y Alfonso Tapia Castillo, en

calidad de Presidente, Secretario y Gerente, respectivamente, “para ejercer las siguientes facultades: Para representar a la Cooperativa con las facultades de mandato y de representación ante toda clase de autoridad (...) adquirir, gravar y enajenar enseres, inmuebles; suscribir el Presidente, Gerente y Secretario todo tipo de contratos; (...) firmar las escrituras públicas, minutas de inscripción en los Registros Públicos y notariales”, registrado en mérito al título N° 3757 del 21 de mayo de 1990.

6.- En tal sentido, se advierte que el poder referido en el considerando que precede fue otorgado a los titulares del Consejo de Administración y al Gerente de la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457, lo que se corrobora del acta de Asamblea General del 28 de octubre de 1989, inserta en el título archivado N° 3757 del 21 de mayo de 1990.

7.- Del asiento 6 de la ficha N° 51 del Registro de Personas Jurídicas del Callao, aparece que mediante Asamblea General Extraordinaria del 29 de marzo de 1982 se aprobó la adecuación del estatuto de la Cooperativa al Decreto Legislativo N° 85 estableciéndose: “El Consejo de Administración estará integrado por 5 miembros titulares y 2 suplentes”, “La duración del mandato de los Consejeros Titulares es de 3 años y los suplentes 1 año, se renovarán por tercios”.

8.- Es de verse del asiento 19 de la ficha N° 51 del Registro de Personas Jurídicas del Callao que por Acta de Instalación del 27 de octubre de 1989, el Consejo de Administración quedó integrado por: Presidente Hugo Masías Morales, Vicepresidente Alberto Arias Zisbraga, Secretario Esteban Valdivia Mamani, Gerente Alfonso Tapia Castillo, Vocal titular Humberto Sandoval Vértiz, Vocal Suplente 1º Ramón Benites, Vocal Suplente 2º Nicolás Valdez; y, del asiento 17 se verifica la designación de Alfonso Tapia Castillo como Gerente de la Cooperativa, ambos actos se inscribieron en mérito al título archivado N° 3757 del 21 de mayo de 1990.

9.- El mandato de los miembros del Consejo de Administración ha fenecido y ello sucede de pleno derecho sin necesidad de extenderse un asiento Registral para publicitar ese hecho, en razón de que el mandato que ejercen los miembros del consejo, cesa al término del período establecido en el estatuto, tal como lo ha señalado esta instancia en reiterada jurisprudencia.

10.- Cuando se otorga poder a uno o varios miembros del consejo de administración, se realiza en uso de las atribuciones de gobierno, encuadrándose dentro de las facultades que le otorga el estatuto y las que establece la Ley General de Cooperativas, ya que de lo contrario haría suponer que el poder conferido lo ha sido específicamente a la persona, sin hacer mención al cargo que ocupa, hecho que no ha sucedido como podemos apreciar del antecedente registral; en consecuencia, dichos

poderes no podrían seguir vigentes una vez vencido el período de mandato para el que fueron elegidos.

11.- Si bien el poder reseñado en el quinto considerando no especifica que el ejercicio del poder se realice en forma conjunta por el Presidente del Consejo de Administración, el Secretario del Consejo de Administración y el Gerente, la Ley General de Cooperativas y el estatuto contienen normas especiales sobre la materia, que hacen que no se aplique el Artículo 147 del Código Civil invocado por el recurrente; es así que los Artículos 35 Inc. 2.2 de la Ley y 81 Inc. c) del estatuto, establecen que el Gerente tiene la atribución de suscribir, conjuntamente con el dirigente o el funcionario que determinen las normas internas, los contratos y demás actos jurídicos en los que la cooperativa sea parte.

12.- En consecuencia, a la fecha de la suscripción del contrato de compraventa, 22 de agosto de 2001 (fecha cierta conforme al Artículo 245 Inc. 3) del Código Procesal Civil), Hugo Masías Morales y Alfonso Tapia Castillo, no tenían facultades para vender en nombre de la Central de Cooperativas de Vivienda Perú Ltda. N° 457.

13.- (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS De conformidad con el numeral V del Título Preliminar, Artículos 31 y 40 del Reglamento General de los Registros Públicos, Artículo 2011 del Código Civil y con la reiterada jurisprudencia Registral, como las expresadas en las Resoluciones N° 454-2001-ORLC/TR del 24 de octubre de 2001 y N° 206-98-ORLC/TR del 27 de mayo de 1998, no procede ordenar la inscripción del presente título.

14.- (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS En aplicación del Artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos y atendiendo a que se ha interpretado de modo expreso y con carácter general el sentido de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, corresponde declarar que esta resolución establece un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del enunciado expresado en la parte resolutive de la presente resolución y, por ende corresponde disponer su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Intervino como Vocal ponente la Dra. Elena Vásquez Torres.

VI. RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Revocar la observación formulada por el Registrador del Registro de Propiedad Inmueble del Callao al título referido en la parte expositiva y, declarar que el mismo no puede acceder al Registro por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Declarar que la presente resolución, constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente enunciado:

Poder para vender en nombre de una cooperativa

Cuando se ha otorgado poder a una o varias personas en su calidad de miembros del Consejo de Administración de una cooperativa, se entiende que ha sido otorgado en uso de sus atribuciones de gobierno, por lo que no podría seguir vigente una vez vencido el período de su mandato para el que fueron elegidos.

Se entiende que el poder otorgado al Gerente de una cooperativa y a otros miembros del Consejo de Administración es para ejercerlo en forma conjunta, conforme al Artículo 35 Inc. 2.2 de la Ley General de Cooperativas.

Elena Vásquez Torres, Presidenta de la Segunda Sala Del Tribunal Registral; Fernando Tarazona Alvarado, Vocal, Samuel Gálvez Troncos, Vocal.

PRECEDENTE 34

No constituye acto inscribible la extinción del mandato del órgano directivo de una persona jurídica, en virtud a solicitud sustentada en el vencimiento del período por el que fue elegido.

RESOLUCION DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 031-2002-ORLC-TR (LIMA, 22 de enero de 2002)

APELANTE : MARÍA LUISA COTILLO ALIAGA

TÍTULO : 189257 DEL 11/10/2001

HOJA DE TRÁMITE : 50414 DEL 26/11/2001

REGISTRO : PERSONAS JURÍDICAS

ACTO : EXTINCIÓN DE MANDATO

I. DECISIÓN IMPUGNADA

Se ha interpuesto recurso de apelación contra la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Jurídicas de Lima, Dra. Liliana Isabel Arrunátegui Anicama.

La Registradora denegó la inscripción por los siguientes fundamentos:

“No procede la inscripción de lo solicitado toda vez que el procedimiento registral es uno de naturaleza no contenciosa que se inicia a instancia de quienes se encuentran facultados a solicitar una inscripción conforme lo señala el Art. 12 del Reglamento General de los Registros Públicos, que a su vez se someten exclusivamente a la calificación de los funcionarios del presente registro. En tal sentido no amerita pronunciamiento el escrito de fecha 11/10/2001, por cuanto éste motiva oposición a lo ya inscrito en la partida registral. Art. 1 del Título I de las disposiciones generales del Reglamento General de los Registros Públicos. Resolución del Tribunal Registral N°

056-98-ORLC/TR de fecha 30/1/1998. Se formula la presente observación de conformidad con el Art. 2011 del Código Civil”.

II. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTOS CONTENIDOS EN EL TITULO

Doña María Luisa Cotillo Aliaga solicita se inscriba la extinción de los mandatos de las personas contenidas en el acta eleccionaria inscrita del 8 de agosto de 1999, esto es del consejo nacional y consejos regionales del Colegio Tecnólogo Médico del Perú, señalando que desde agosto de 2001, han vencido sus mandatos.

Indica también que existió un error en la inscripción del referido consejo nacional, pues tanto la decana María Eusebia Naupay, como la vicedecana María Isabel Vidal Minaya, se encontraban impedidas de ejercer el cargo por contravención al Artículo 80 del estatuto pues venían ocupando tales cargos desde el 3 de agosto de 1997 y al momento de su elección formaban parte además del jurado electoral nacional.

A dicho efecto presenta escrito de fecha 11 de octubre de 2001 con firma notarialmente certificada de la peticionante, María Luisa Cotillo Aliaga, resoluciones expedidas por el Colegio Tecnólogo Médico del Perú y demás documentos anexos.

III. ANTECEDENTE REGISTRAL

El Colegio Tecnólogo Médico del Perú, es una entidad de Derecho Publico Interno, creada por Ley, rigiéndose por la Ley de su creación N° 24291 y el D.S. N° 027-86-SA que aprobó su estatuto. Se encuentra inscrito en la Ficha N° 163; y su continuación en la Partida Electrónica N° 03027045 del libro de poderes otorgados por Personas Jurídicas Nacionales, Empresas de Derecho Público y las creadas por Ley.

En el asiento B 00002 constan los miembros del consejo nacional, consejo regional I y II elegidos en asamblea eleccionaria del 8 de agosto de 1999, presididos por María Eusebia Bazán Naupay, Rubén Verástegui Carrasco y José Céspedes Rivera, respectivamente, consejos cuyos miembros de acuerdo al Artículo 69 del estatuto son elegidos cada dos años.

IV. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Determinar si es posible la inscripción de la extinción del mandato en el Registro de Personas Jurídicas en virtud a solicitud fundamentada en. el vencimiento del plazo por el que el órgano fue elegido.

Interviniendo como Vocal ponente la Dra. Gloria Salvatierra Valdivia;

V. ANÁLISIS

1.- De acuerdo a la Ley N° 24291 y al D.S. N° 027-86-SA, el Colegio Tecnólogo del Perú cuenta con personería jurídica, siendo sus organismos directivos los siguientes:
a) El Consejo Nacional y b) Los Consejos Regionales. El primero de los organismos

directivos cuenta con los siguientes miembros: Presidente, Vicepresidente, Secretario del Interior, Secretario del Exterior, Tesorero, dos vocales y un delegado designado por cada uno de los consejos regionales. La elección de los miembros de ambos consejos será cada dos años en un solo acto. En la elección de los cargos del consejo nacional con excepción de los delegados regionales participarán todos los miembros hábiles del Colegio Tecnólogo Médico del Perú.

2.- Siendo que la elección de los miembros del último consejo directivo nacional inscrito se realizó el 8 de agosto de 1999, y estando a que las elecciones se realizan cada dos años, en la actualidad ya ha fenecido su mandato; sin embargo, no es necesario para publicitar ese hecho, la extensión de un asiento registral que así lo señale expresamente, en razón a que del propio asiento registral en el que consta la elección, concordado con el asiento en el que consta la duración del consejo nacional (dos años), se aprecia que el mandato del consejo elegido en 1999 ya venció.

3.- En lo que respecta a las personas jurídicas creadas por Ley, no se han regulado los actos inscribibles. Sin embargo, respecto a las sociedades, el Reglamento del Registro de Sociedades en su Artículo 3 señala -en lo que se refiere a los administradores, liquidadores o cualquier representante de la sociedad-, que son inscribibles el nombramiento, la revocación, renuncia, remoción, modificación o sustitución de los nombrados, los poderes, su modificación, su aceptación, revocación de sus facultades, sustitución, delegación y reasunción de las mismas, no contemplándose la inscripción de la extinción del nombramiento por vencimiento del plazo para el cual fueron elegidos.

Igualmente, el Código Civil en su Artículo 2025 en lo que se refiere a los actos inscribibles en los libros de asociaciones, fundaciones y comités, señala que se inscriben los datos a que se refieren los Artículos 82, 101 y 113 del mismo cuerpo legal y además: las modificaciones de la escritura o del estatuto, el nombramiento, facultades y cesación de los administradores y representantes y la disolución y liquidación, no haciendo referencia tampoco a la inscripción de la extinción del nombramiento por vencimiento del plazo para el cual fueron elegidos.

De lo anteriormente expuesto se concluye que no se prevé la inscripción de la conclusión de los nombramientos o mandatos por el vencimiento del plazo en el Registro de Sociedades ni en el libro de asociaciones, fundaciones y comités para el que fueron elegidos, por lo que analógicamente en el caso de las personas jurídicas creadas por ley, tampoco sería procedente dicha inscripción.

4.- Además, no es procedente incorporar nuevamente a la partida una situación que ya se encuentra contenida en la misma, correspondiendo únicamente brindar las certificaciones respectivas.

Asimismo, los certificados compendiosos de conformidad con lo prescrito por el literal b) del Artículo 131 del Reglamento General de los Registros Públicos son los que se otorgan mediante un extracto, resumen o indicación de determinadas circunstancias del contenido de las partidas registrales, que podrán referirse a determinados datos o aspectos de las inscripciones; y, un dato de la inscripción en lo que respecta a los consejos directivos es el referido a la vigencia de los mismos, por lo tanto corresponde emitir certificado compendioso en el que se señale que un determinado consejo directivo ya no se encuentra vigente.

5.- De otro lado, con respecto a lo afirmado por la peticionante en el sentido que la inscripción de la elección del consejo directivo nacional presidido por María Eusebia Bazán Naupay (Decana) se ha realizado contraviniendo el estatuto, pues la presidenta y vicepresidenta vienen formando parte de dicho órgano directivo desde agosto de 1997 y han integrado el jurado electoral nacional que condujo las elecciones donde resultaron elegidas, debe señalarse que el asiento de inscripción goza de la garantía de intangibilidad (“intangibilidad de su contenido ..., salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme”), establecida en el inciso b) del Artículo 3 de la Ley N° 26366, “Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos”; norma concordante con el Artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos.

Asimismo, los efectos jurídicos sustanciales de una inscripción reconocidos por el derecho, no pueden ser enervados, pues de conformidad con el Artículo 2013 del Código Civil que consagra el principio de legitimación, el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez; en consecuencia el Poder Judicial es el órgano facultado para declarar la nulidad de una inscripción.

6.- En relación a la observación de la Registradora, referida a que no es procedente admitir oposiciones a la inscripción, pues la inscripción se inicia a instancia del interesado, cabe indicar que efectivamente no cabe admitir oposición a la inscripción. Sin embargo, la solicitud de inscripción del presentante del título está referida al registro de la extinción del mandato, señalando entre otras razones que la elección se realizó en contravención del estatuto, de tal modo que con este segundo argumento se está impugnando la inscripción ya realizada.

En ese sentido, la solicitud de extinción del mandato del apelante sustentada en la contravención del estatuto y en que los elegidos formaron parte del comité electoral, sí ameritaba pronunciamiento por parte de la Registradora en el sentido expuesto en el punto quinto de la presente resolución, esto es que los asientos registrales se resumen

exactos y válidos, produciendo todos sus efectos, conforme lo establece el Artículo 2013 del Código Civil.

7.- Conforme lo prescribe el último párrafo del Artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos, la Registradora tachará de plano el título cuando no contenga acto inscribible.

Estando a lo acordado por unanimidad;

VI. SE RESUELVE:

1.- **REVOCAR** la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

2.- **DISPONER** la tacha del título por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Criterio de Observancia Obligatoria

No constituye acto inscribible la extinción del mandato del órgano directivo de una persona jurídica, en virtud a solicitud sustentada en el vencimiento del período por el que fue elegido.

Nora Mariella Aldana Durán (Presidenta de la Tercera Sala del Tribunal Registral), Gloria Salvatierra Valdivia, Luis Alberto Aliaga Huaripata, Vocales del Tribunal Registral.

PRECEDENTE 35

CALIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE PERSONAS NATURALES

A efectos de calificar los actos celebrados por el representante de personas naturales, no es exigible la inscripción del poder. Será suficiente que se inserte o adjunte el traslado instrumental de la escritura pública donde conste el referido poder.

Resolución del Tribunal Registral del Norte N°025-2000-ORLL/TRN (Trujillo, 24 de agosto del 2000).

Apelación interpuesto por don Luis Arquímides Gamarra Ciudad contra la observación formulada por el Registrador Público de la Oficina Registral de Trujillo Dr. David Rubio Bernuy, a la solicitud de inscripción de compraventa de inmueble.. El título se presentó el 11 de agosto del 2,000 con el recibo número 80896. El Registrador inicialmente denegó la solicitud por lo siguiente: “Para disponer de los bienes del representado se requiere que el encargo conste por escritura pública. Art. 156 del C.C. (debidamente inscrita en el Registro de mandatos y Poderes de la Oficina Registral La Libertad)”, posteriormente reingresado el título, con fecha 15-08-2000 se formuló la siguiente observación: “SUBSISTE OBSERVACION: Verificados los datos solicitados, se

constata que el poder lo otorga sólo la Sra. Carolina Acuña Roeder junto a su esposo, por lo que no consta la representación de ALFREDO CECILIO y GUILLERMO ALFREDO ACUÑA ROEDER. Sírvase Aclarar. Además en dicho poder no se faculta a la venta de las Oficinas 204 y 306. Se deja constancia que se verificó el título archivado de la escritura de poder”, interviniendo como ponente el Vocal Víctor Raúl Mosqueira Neira, y PRIMERO: Que, mediante el título venido en grado, el apelante solicita la inscripción de la compraventa de las Oficinas N° 204 y 306 del edificio ubicado en el Jr. Bolívar N° 627 de la ciudad de Trujillo inscritas en el Tomo 318 Folio 111 y Tomo 318 Folio 183 respectivamente del Registro de Propiedad Inmueble de Trujillo, a mérito de la escritura pública de compraventa celebrada con fecha 10 de agosto de 1990 ante Notario de Trujillo Abel Darío Alva Zurcher; SEGUNDO: Que, mediante la escritura pública señalada en el considerando anterior, don Alfredo Acuña Chopitea por derecho propio y en representación de sus hijos Carolina Acuña Roeder de Orrego, Guillermo Acuña Roeder y Alfredo Cecilio Acuña Roeder, según poder que se inserta en dicha escritura, dio en venta a favor de don Jorge Armando Bracamonte Salazar los inmuebles descritos en el primer considerando, por el precio de ciento diez millones de intis (I/ 110'000,000.00) totalmente pagados; TERCERO: Que, don Alejandro Acuña Chopitea actuó por derecho propio en calidad de copropietario de los inmuebles materia de la venta y además en nombre y representación de sus hijos Carolina Acuña Roeder de Orrego, Guillermo Acuña Roeder y Alfredo Cecilio Acuña Roeder, según poder otorgado por escritura pública de fecha 28 de enero de 1987 ante Notario de Lima Jaime Alejandro Murguía Caveró, mediante el cual los poderdantes facultan al apoderado don Alejandro Acuña Chopitea, para que pueda vender todos los inmuebles de su propiedad que se encuentren ubicados en la ciudad de Trujillo, según se aprecia de la cláusula segunda de la referida escritura; CUARTO: Que, el Registrador en la primera observación ha indicado que de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, para disponer de los bienes del representado se requiere que el encargo conste por escritura pública debidamente inscrita en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de La Libertad, al respecto cabe indicar que el citado artículo efectivamente señala una forma solemne bajo sanción de nulidad para los actos de apoderamiento en donde se autoriza al representante a gravar o disponer de los bienes de su representado, exigiéndose que el poder conste en escritura pública, sin embargo dicha norma no exige como presupuesto de validez del acto de apoderamiento su inscripción registral, por lo que la observación del Registrador no se ciñe al principio de legalidad; QUINTO: Que, complementando lo señalado en el considerando anterior, cabe precisar que el Código Civil en la parte que regula el Registro de Mandatos y Poderes no señala que sea

obligatoria la inscripción de los poderes, y más aún en la exposición de motivos oficial del Código Civil, se establece que las inscripciones en el Registro de Mandatos y Poderes son voluntarias, por lo que no es posible restarle eficacia a un poder no inscrito; SEXTO: Que, no siendo obligatoria ni constitutiva la inscripción del poder, éste surte todos sus efectos a partir de la aceptación por parte del representante, la misma que se entiende efectuada si el representante realiza los actos materia de la representación, y mientras no sea revocado el poder se presume su plena vigencia, al respecto el artículo 151 del Código Civil señala que la designación de un nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior, y produce efecto desde que se comunica al primer representante, y el artículo 152 del mismo cuerpo legal, establece que la revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico, y que la revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta hay sido inscrita, quedando a salvo los derechos del representado contra el representante; SETIMO: Que, si bien es cierto que para efectos de publicidad registral y para una mayor seguridad jurídica, es conveniente que los actos de apoderamiento que tengan relevancia registral como es el presente caso, se inscriban en el Registro a fin de que sean oponibles a terceros, tal como lo considera por ejemplo el Dr. Rubén Guevara Manrique en su Libro “Derecho Registral” 4ta edición 1990 paginas 122-123, también es cierto que por el principio de legalidad regulado en el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil, “los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos”, por lo que no se puede exigir el cumplimiento de presupuestos no regulados expresamente en la ley; OCTAVO: Que, en el caso subexámine, el poder otorgado a favor de Alejandro Acuña Chopitea, cumple con los requisitos de validez del acto jurídico al haberse otorgado mediante escritura pública, la misma que ha sido insertada en la escritura de compra venta y de cuya existencia ha dado fe el Notario y no habiendo sido inscrito en el Registro correspondiente debe presumirse que dicho poder no ha sido revocado, además debe presumirse la buena fe de las partes intervinientes en el contrato de compraventa a tenor de lo establecido en el artículo 168 del Código Civil, por lo que debe revocarse la observación al título venido en grado y ordenarse su inscripción; NOVENO: Que, en lo referente a la observación de fecha 15 de agosto del año en curso, cabe manifestar que el poder a que se refiere dicha observación no es el mismo que está inserto en la escritura de compra- venta, pues dicha observación está referida a un poder inscrito en el Tomo 22 fs. 223 del

Registro de Mandatos y Poderes de Trujillo, otorgado por doña Carolina Acuña Roeder y su cónyuge Eduardo Orrego Villacorta por escritura pública de fecha 19 de junio de 1973 ante Notario Enrique Maguiña Gálvez, el cual carece de relevancia para la calificación del título venido en grado; Por las consideraciones expuestas y estando a lo acordado; SE RESUELVE: Artículo Unico: REVOCAR la observación formulada por el Registrador Público de Trujillo y DISPONER su inscripción, por los fundamentos señalados en la parte considerativa.

12.8. ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES SELECCIONADOS DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

PRECEDENTE PRIMERO

RESOLUCION Nº 212-99- ORLC/TR LIMA, 25 DE AGOSTO DE 1999.

Para disponer o gravar bienes de propiedad del representado se requiere únicamente que la facultad otorgada conste en forma indubitable y por escritura publica, no siendo procedente la exigencia de que el poder sea específico por cuanto ello no se encuentra establecido en la norma, lo que supondría una modificación intrínseca de ésta abarcando supuestos distintos al que corresponde al requisito de indubitabilidad.

VISTO, el Recurso de Apelación interpuesto por don VÍCTOR AREVALO MARTÍNEZ, contra la tacha formulada por el Registrador Publico del Registro de Propiedad Inmueble de Huacho Dr. Samuel Hernán Gálvez Troncos. El título se presentó el 21 de abril de 1999, bajo el Nº 1243. El Registrador denegó la solicitud de inscripción por cuanto: "Conforme al Art. 143 del Reglamento de Inscripciones, los efectos de las inscripciones se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación respectivo, razón por la cual, los títulos que generen derechos por virtud de las inscripciones, deberán ser expedidos con fecha anterior a la del asiento de presentación, toda vez que no pueden conceder derechos desde época anterior a su existencia. En este caso, según la documentación adjuntada en el reingreso, la ampliación del poder especial concedido por la Sra. Dora Angélica Guevara Trelles de Dávila a favor del Sr. Rodolfo Gerardo Castro Seminario ha sido otorgado con posterioridad a la fecha del asiento de presentación del presente título, por lo que no procede la inscripción solicitada (Resolución del Tribunal Registral Nº 141-98- ORLC/TR de fecha 31.03.98)", interviniendo como Vocal ponente la Dra. Martha Silva Díaz; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el presente título, se solicita la inscripción de la compraventa con pacto de retroventa que otorga don Carlos Martín Palacios y su cónyuge Dora Angelica Guevara Trelles de Dávila a favor de Juan Carlos Castañeda Seminario, mediante escritura publica del 20 de abril de 1999, extendida ante Notario de Huacho, Dr. Víctor Manuel Arévalo Martínez, respecto del predio denominado "Santa Eugenia" ubicado en la irrigación San Felipe del distrito de Vegueta, Provincia de Chancay, Departamento de Lima con un área de 11 hectáreas 8,777 m2 e inscrita en el asiento 1 de fojas 385 del Tomo 132 del Registro de Propiedad Inmueble de Huacho;

Que, don Carlos Martin Dávila Palacios y su cónyuge Dora Angelica Guevara Trelles de Davila adquirieron el inmueble descrito en el considerando precedente de sus anteriores propietarios don Eleuterio Asencio Vega y Doña Angélica Luis Barrón,

mediante escritura pública de fecha 24 de noviembre de 1998 extendida ante notario público de Huacho Dr. Alberto Cabrera Herrera, conforme consta del asiento 2 de fojas 385 del Tomo 132 del Registro de Propiedad Inmueble de Huacho;

Que, la tacha recurrida se contrae al tenor del poder de representación otorgada por dona Angélica Guevara Trelles de Davila a favor de Rodolfo Gerardo Castro Seminario, según escritura pública del 12 de marzo de 1993 otorgada ante notario de Piura Dr. Santiago Villena Villavicencio, inscrito en la Partida Electrónica N°50002367 del Registro de Personas Naturales (Mandatos) de Huacho, en cuyo texto consta las facultades otorgadas al apoderado "para que en su nombre y representación pueda celebrar toda clase de actos y contratos públicos y/o privados, sobre los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, pudiendo además transferir, vender, hipotecar, preñar y/o gravar, pactar condiciones que sean necesarias, ante cualquier persona natural o jurídica ...";

Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 156 del Código Civil para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad;

Que, en las observaciones precedentes a la tacha contenidas en el título N° 1243 del 21 de abril de 1999 materia de grado, el Registrador no sólo exige que el poder sea indubitable, sino que este sea específico, lo cual constituye una inexactitud jurídica toda vez que el aludido artículo 156 del Código Civil exige no un poder específico sino que la facultad para disponer de la propiedad o gravar sus bienes indubitable;

Que, por el contrario, al aludirse a la necesidad de un poder específico para ejercer actos de disposición o gravamen sobre los bienes del representado se modifica sustancialmente el sentido intrínseco del referido precepto legal, toda vez que la frase poder específico abarca supuestos distintos del que corresponde al requisito de indubitabilidad establecido por nuestro ordenamiento legal para tales actos de representación;

Que, en tal virtud cabe concluir que si en la partida Electrónica N° 50002367 del Registro de Personas Naturales (Mandatos) de Huacho consta expresa e indubitadamente la facultad de enajenación o gravamen sobre los bienes del poderdante no es necesario que dicha sea reiterada por la misma poderdante mediante un poder específico en el que se especifique que estas facultades son otorgadas para disponer de los bienes adquiridos bajo el régimen de la sociedad de gananciales;

Que, de acuerdo al artículo 168 del Código Civil el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en el y según el principio de la buena fe. Asimismo, el artículo 169 añade que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas;

Que, en este sentido de lo expresado por doña Dora Angelica Guevara Trelles de Dávila para que su apoderado Rodolfo Gerardo Castro Seminario celebre toda clase de actos y contratos Públicos y/o privados, sobre todos los bienes muebles e inmuebles de su propiedad resulta indubitable que su voluntad manifiesta ha sido conferir a tercera persona la capacidad de representarla en cualquier acto de disposición sobre sus bienes inmuebles;

Que, adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Registrador debe presumir que el apoderado actúa de buena fe y con la diligencia del caso, por lo que la facultad de transferir el inmueble que éste vende en su representación es en mérito a la facultad contenida en la Partida Electrónica N° 50002367, asiento 1-A del Registro de Personas Naturales (Mandatos) de Huacho;

Que, a mayor abundamiento se aprecia que en virtud de las observaciones puestas el título venido en grado y para salvar las mismas doña Angélica Guevara Trelles de Dávila amplió el poder otorgado a favor de Rodolfo Gerardo Castro Seminario, según escritura pública del 18 de mayo de 1999 otorgada ante notario de Piura Dra. Amarilis Ramírez Carranza de Vásquez, corriendo inscrito en la Partida Electrónica N°

50002367 del Registro de Personas Naturales (Mandatos) de Huacho, mediante título N° 1522 del 19 de mayo de 1999;

Que, no obstante ello el Registrador de la Oficina Registral de Huacho tachó el título basándose en la Resolución del Tribunal Registral N° 141-98- ORLC/TR de fecha 31.03.98, supuesto inaplicable al caso, en razón de que la misma se refiere a solicitud de anotación de demanda que no contiene los respectivos partes judiciales siendo que lo que esta en discusión como consecuencia de la observación que diera motivo a la tacha apelada, son las facultades del representante de la vendedora, las mismas que ya eran suficientes incluso ante de que la poderdante ampliara las facultades otorgadas;

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2013 del Código Civil y el numeral VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos el mandatario se encuentra legitimado erga omnes para ejercer plenamente los actos de disposición de su representada lo que debe ser meritado como antecedente registral idóneo en la calificación del Título apelado;

Que, por consiguiente deviene infundada la denegatoria de inscripción formulada al título apelado, por lo que debe disponerse su revocatoria;

Que, en concordancia con lo expuesto en los considerandos precedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2011 del Código Civil, el Numeral IV del Título Preliminar y artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos y, Estando a lo acordado; **SE RESUELVE: REVOCAR** la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Propiedad Inmueble al título referido en la parte expositiva y disponer su inscripción por los fundamentos expresados en la presente resolución.

ANALISIS DEL PRECEDENTE.-

A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:

Se trata de ampliación de poder especial, otorgado por Dora Angélica Guevara Trelles de Dávila a favor de Rodolfo Gerardo Castro Seminario, otorgado mediante escritura pública de fecha 12 de marzo de 1993 otorgada ante notario de Piura Dr. Santiago Villena Villavicencio, inscrito en la Partida Electrónica N°50002367 del Registro de Personas Naturales (Mandatos) de Huacho, para que pueda entre otras facultades, en su nombre y representación, celebrar toda clase de actos y contratos públicos y/o privados, sobre los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, pudiendo además transferir, vender, hipotecar, preñar y/o gravar.

B) ARGUMENTACION JURIDICA PERSONAL.

FUNDAMENTOS DE HECHO: Considera el autor que se encuentra acreditado el otorgamiento de poder. Aspecto discrepante es: Si para disponer o gravar bienes de propiedad del representado se requiera o no, que la facultad otorgada conste en forma indubitable y por escritura pública, además la exigencia de que el poder sea específico. El autor estima que el poder especial debe contener la precisión, sea en forma indubitable y por escritura pública, además que las facultades se encuentran establecidas expresamente (en

concordancia con el artículo 167, el carácter expreso es además prescripción normativa). Pero no específico. Excediendo la prescripción legal, el Registrador Público que tacha el título cuya inscripción se solicita, exige que el poder tenga un carácter específico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El acto jurídico mediante poder con el que la poderdante celebra transferencia, a través de apoderado, es inscribible. Por cuanto el poder recibido por la poderdante otorgaba facultades suficientes para suscribir la compra venta, y no es necesario especificar el inmueble objeto de la compra venta. El poder especial se otorga de forma indubitable, por escritura pública, y expresa, de conformidad con los artículos 156 y 167 del Código Civil. La calificación jurídica legal es correcta.

C) CRITICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES

1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:

La Poderdante otorgo poderes (específicos), entre otros para vender sus bienes inmuebles, y justamente es lo que celebro su apoderado. Este contrato no necesitaba ninguna aclaración del poder, pues el otorgado contenía las facultades suficientes.

2.- EN CUANTO AL DERECHO:

En términos de **Pablo Navarro**, sería un caso difícil, por que es un problema donde no hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas. El investigador estima, que si bien en la presente, el Registrador Público tacha el título en base a argumentos de procedimiento registral, también es cierto que son muchos los casos similares que son observados y tachados, requiriendo un poder específico (no estipula el Código civil), no siendo argumentos sólidos, y suficientemente ponderados. Los Registradores (en la actualidad sobre todo los de provincias), postulan el poder específico, y los usuarios registrales (Abogados, Notarios), el poder indubitable, y expreso. Por lo expresado, si bien la decisión es correcta, en la fundamentación debió abordar la hipótesis de hecho del caso (poder especial) y si esta se subsume o no en la norma invocada como la norma aplicable. El razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico, y las justificaciones interna y externa del mismo.

El tema de fondo es analizar el alcance de lo que debería entender que el **poder sea indubitable del artículo 156º. En sus observaciones los Registradores**, exigen que el poder se ha específico, situación que la norma (Artículo 156º) no contempla, lo que obviamente va más allá de la exigencia del Código. Estos casos se presentan con frecuencia en registros Públicos, en la actualidad, si bien se ha desterrado de la Oficina de Lima, en provincias aún subsiste, y no contribuye a la circulación del tráfico comercial, sino obstaculiza, impidiendo que muchos actos se retarden o no se lleguen a materializar.

PRECEDENTE SEGUNDO

RESOLUCION Nº 138-97- ORLC/TR.

LIMA, 22 DE ABRIL DE 1997.

Contenido del asiento de inscripción en el registro de mandatos y poderes. La transcripción de los artículos 74º y 75º del código civil en los asientos de inscripción del registro de mandatos y poderes, no desvirtúa la técnica registral sino, por contrario, se adecua a lo preceptuado en el artículo 145º del reglamento de las inscripciones.

VISTA, la apelación interpuesta por don FRANKLIN SUAREZ PARIACHI (Hoja de Tramite Documentario Nº 1865 de fecha 5 de Febrero de 1997), formulada contra la tacha del Registrador del Registro de Personas Naturales de Lima Dr. Gunther Hernán Gonzáles Barron a la solicitud de rectificación de asiento de inscripción en merito a título archivado. El Título se presentó el 16 de Enero de 1997 bajo el Nº 07896. El Registrador denegó la inscripción solicitada por cuanto: «El sistema registral peruano se basa en la técnica de la inscripción y no de la transcripción, por lo cual el asiento registral contiene un extracto o resumen del título; además el principio de literalidad en materia de facultades procesales se refiere a que el poderdante declara expresamente todas y cada una de las atribuciones que considere conveniente en el acto jurídico de apoderamiento, el cual debe constar en el acta ante el Juez o en la Escritura Pública correspondiente, pero no significa transcripción íntegra del asiento registral que se reitera sólo reproduce el título archivado en forma compendiosa”; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el presente título, el apelante solicita la rectificación del poder registrado en la ficha Nº 253617 del Registro de Personas Naturales de Lima, a fin de que conste literalmente en dicha partida registral las facultades especiales que los poderdantes han conferido a su apoderado según consta en punta E de la cláusula primera de la escritura pública que dió merito a la inscripción del poder y que corre archivado con el título Nº 192187 del 3 Diciembre de 1996;

Que, tal como consta del citado título Nº 192187, el poder lo otorgó don Fidel David Espinoza Chavez, doña María Natalia Espinoza Chavez Vda. de Ochoa

y don Pedro Espinoza Chavez a favor de don Cesar Rolando Sato Tomita, mediante escritura publica de fecha 13 de Noviembre de 1996 extendida ante el Cónsul del Perú en Washington, Estados Unidos de Norteamérica en cuyo punta E de la cláusula primera aparecen transcritas las facultades del artículo 75º del Código Procesal Civil, indicando al final que el apoderado goza también de las facultades generales referidas en el artículo 74º del Código acotado, asimismo, se verifica que el cónsul ha transcrito los citados artículos en cumplimiento Ley del Notariado;

Que, el artículo 160º del Reglamento General de los Registros Públicos señala que cada asiento de inscripción contendrá en resumen, los datos que señale el Reglamento respectivo y en todo caso, el nombre y denominación del cargo del funcionario publico que otorgó el título, el día y hora en que fue presentado, con indicación del tomo y numero del asiento del Diario respectivo y el monto de los derechos cobrados;

Que, el artículo 145º del Reglamento de las Inscripciones establece que en el asiento de inscripción de los mandatos se expresara los nombres y apellidos del mandante o mandatario y de las personas en quienes se puede sustituir el poder si contiene esa disposición, o si la facultad de sustituir se da en términos generales; las **facultades que por el poder se conceden**, la fecha del instrumento y el nombre del notario ante quien se otorga; el término de duración y **todos los datos para el conocimiento pleno de la extensión del poder**;

Que, sin embargo, en casos como el señalado, en los asientos de inscripción se consigna únicamente la cita de los artículos del Código Procesal Civil, atendiendo a la presunción juris et de jure de conocimiento del contenido de las leyes ya que el sistema adoptado en nuestra legislación no es el de transcripción íntegra del documento, como bien lo señala el Registrador;

Que, no obstante ello, lo solicitado por el apelante en el presente caso resulta amparable, toda vez que la transcripción de las facultades del apoderado, no desvirtúa la técnica registral sino por el contrario, se adecua a lo preceptuado en el citado artículo 145º del Reglamento de las Inscripciones, y asimismo la rogatoria se ha verificado con las formalidades de ley, y;

Estando a lo acordado; **SE RESUELVE: Revocar** la denegatoria de inscripción formulada por el Registrador del Registro de Personas Naturales de Lima al título referido en la parte expositiva y declarar que el mismo es inscribible por los Fundamentos expuestos en la presente Resolución.

ANÁLISIS DEL PRECEDENTE.-

A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:

Se trata de ampliar el asiento de inscripción, consignando mayor número de facultades otorgadas. Lleva al tema de la naturaleza del sistema registral peruano, específicamente de mandatos y poderes.

B) ARGUMENTACION JURIDICA PERSONAL.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Considera el autor que es razonable la solicitud de ampliar el contenido del asiento de inscripción. Aspecto discrepante es: A quien corresponde precisar que facultades se transcriben en el asiento de inscripción y cuales sólo permanecerán en el título archivado. El autor estima que el contenido del asiento de inscripción, si bien en principio está determinado por el Registrador Público (por las facultades que tiene como tal, y de conformidad con el artículo 145 del Reglamento de las Inscripciones), dicha potestad no debe ser exclusiva. Si hay una solicitud, como en el presente, para ampliación del asiento, debe ser inscrita dicha solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El fundamento del Tribunal Registral, señala que “la transcripción de las facultades del apoderado, no desvirtúa la técnica registral sino por el contrario, se adecua a lo preceptuado en el citado artículo 145° del Reglamento de las Inscripciones”. La calificación jurídica legal es incorrecta, sostenemos que el tema de fondo tener una posición respecto al sistema registral.

C) CRITICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES

1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:

El hecho es de naturaleza procedimental registral. Es posible ampliar el contenido del asiento de inscripción a solicitud del presentante del título, o del usuario registral?. Es el hecho, expresado en pregunta.

2.- EN CUANTO AL DERECHO

En términos de **Manuel Atienza**, sería un caso difícil, porque es un problema de relevancia, por cuanto existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso. El investigador estima, que si bien en la presente, el Registrador Público deniega la inscripción del título en base a argumentos de procedimiento registral, en el sentido que “El sistema registral peruano se basa en la técnica de la inscripción y no de la transcripción”, también es cierto que es importante precisar registralmente que debería contener el asiento de inscripción, en cuanto a facultades que deben inscribirse, si las hay necesarias y no necesarias. Si bien es cierto que tenemos un sistema no de transcripción sino de inscripción, por la cual en principio el Registrador Público decide que partes del título (escritura Pública, acta), se inscriben (transcriben en el asiento de inscripción), y que partes permanecerán sólo en el título archivado, finalmente en ocasiones resulta arbitrario dejar dicha

prerrogativa sólo al funcionario registral. Como sub - sistema, siguiendo al maestro Manuel Soria Alarcon, debemos precisar que el registro de mandatos y poderes, por los efectos que surte, es facultativo y declarativo; sin embargo, su inscripción resulta conveniente para quien contrata con un mandatario o apoderado, en tanto se ampara en la fe del registro y en el principio de la fe pública; por sus métodos es inscriptorio y, técnicamente, utiliza el folio personal.

CAPÍTULO XIII

MANDATO Y PODER EN JURISPRUDENCIA DERECHO COMPARADO.

13.1. REFERENCIA HISTORICA DE LA JURISPRUDENCIA CASATORIA EN EL DERECHO COMPARADO.

13.1.1. LOS ORIGENES EN FRANCIA.-

El reconocido procesalista italiano Piero Calamandrei¹, sostiene que este instituto surgió por el influjo innovador de las ideologías revolucionarias de Francia, señalando que: “El Tribunal de Casación nació precisamente, con el objeto de impedir que el poder público se salga del propio dominio; pues su control, en lugar de extenderse a las relaciones entre los tres poderes de todos los campos de la constitución, se limite a las relaciones que tienen lugar entre dos de estos poderes, el legislativo y el judicial (...). El Tribunal de Casación nace, pues, como un órgano de control destinado a vigilar que el Poder Judicial no viole -en daño del Poder Legislativo- el canon fundamental de la separación de los poderes”.

La “demande en cassation” se consolida durante la Revolución Francesa, transformándola ahora en un elemento para la defensa de la ley contra las transgresiones de los jueces, surgiendo bajo este contexto social el “Tribunal de Cassation”, mediante Decretos del 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790, época de profunda y arraigada desconfianza contra los jueces².

¹ CALAMANDREI, Piero, citado por Carrión Lugo en: “El Recurso de Casación en el Perú”, Editorial Grijley, Lima 2003. p. 11.

² Robespierre quien menospreciaba la labor del juez señalando: “El legislador es un mundo; el juez un grano de arena. El legislador tiene todos los atributos y todos los fueros de mando; el juez es un mecanismo de obediencia”.

El Tribunal de Cassation, era un órgano político, implementado por el Poder Legislativo con la única función de “anular toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley (artículo 3º). Desde su nacimiento se prohibía conocer el fondo del asunto, por ello no motivaba sus resoluciones, y reenviaba la causa a nuevo juez, para que dictara la nueva sentencia, que podía volver a ser llevada al Tribunal de cassation para que fuera casada otra vez. En caso de haberse dictado de nuevo la sentencia con el mismo contenido. De presentarse la situación, sólo a la tercera vez, el caso no era llevado al Tribunal de cassation, sino directamente al Legislativo que emitía un décret declaratoire dando o quitando la razón al Tribunal de cassation.

El Tribunal de Cassation concluiría en el año 1804 sus labores, cuando a través del senado consulto de 28 de Floreal del año XII (18 de mayo de 1804), dentro del marco de la transformación política y administrativa que trajo la creación del Imperio, el Tribunal pasa a denominarse Cour de cassation, reconociendo el carácter jurisdiccional que fue ganando en la practica, mediante la ampliación progresiva de la misión casacional, pasando de una mera anulación de la sentencia contraria a la ley, al comienzo de la elaboración de una jurisprudencia, vigilando que la jurisdicción no sobrepasara por vía de interpretación la función que tenía en ese entonces de simple aplicador de la ley.

En el Conseil de Parties, encontraremos el antecedente de la Corte de Casación, bajo el ancien regime. Sin embargo, es con la revolución francesa que la Corte de Casación se convierte propiamente en la imagen patriarcal de los diversos modelos de casación que tenemos en el mundo. Es importante señalar que la casación engloba cuatro elementos conceptuales que integran un solo conjunto.³

1º Recurso extraordinario que se denomina recurso de casación.

2º Órgano judicial supremo, que se constituye en el vértice de la gran pirámide judicial: la Corte de Casación.

3º Procedimiento sui generis, generado por el recurso de casación y que se tramita con arreglo a la ley material: el procedimiento de casación.

4º Función sui géneris, inherente a toda estructura pluridimensional función de índole hermenéutico – política. Clásicamente denominada como función de nomofilaquia

³ Enfoque tetradimensional planteado por Calamandrei. Véase obra de Juan Carlos Lozano Bambaren *Recurso de Casación Civil*, Editorial Grijley, Lima 2005, p. 3 y siguientes.

judicial, que consiste en la unificación de la jurisprudencia suprema con arreglo a los principios doctrinarios sustentados por la Corte de Casación en sus fallos.

Sin embargo, este sistema francés ha sufrido evolución⁴ desde la época de su nacimiento, por las introducciones realizadas por las leyes de 1967 y luego en el Código de Procedimientos modificado en el año 1976. En la actualidad hay una cierta limitación al reenvío. De tal manera que si la corte de casación casa y reenvía y el segundo tribunal insiste en la misma sentencia anulada, o la Corte falla sin reenvío dictando su propia sentencia, en ciertos casos, el tercer tribunal tiene que fallar conforme a la tesis de la Corte. Además ahora existe la posibilidad de la ejecución de la sentencia pese a la interposición del recurso de casación que en consecuencia, deja de tener efectos suspensivos.

13.1.2. CASACION EN LA EPOCA PRESENTE.

ITALIA.- Se encuentra prescrito la casación en el Código de Procedimientos Civil, establecido como un recurso extraordinario contra las sentencias definitivas o interlocutorias, procede contra las sentencias de segunda instancia, pero las partes pueden convenir la apelación e ir directamente a la casación “per saltum”, tipo de casación que también lo regula el Perú.

ALEMANIA.- La casación constituye un factor de la unidad nacional, se le conoce con el nombre de REVISIÓN; en estos últimos años se ha establecido criterio de selección de los casos que tengan importancia fundamental en el tema debatido, también admite la casación por salto, sigue los mismos lineamientos de la casación francesa, aunque con limitaciones en materia de reenvío.

ESPAÑA.- En su concepción contemporánea, se establece dos tipos de causales del recurso de casación, que en lo sustancial ha sido heredado por la legislación latinoamericana. Por un lado, se concibe como causal la violación o la infracción de la ley y la doctrina legal, donde se controla la labor de aplicación y de interpretación de las normas jurídicas ejercidas por los organismos de instancia o de mérito. Por otro lado, se concibe como causal el quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, donde se controla la correcta observancia de las normas procesales por las instancias judiciales.

⁴ Vescovi, Enrique. “El Recurso de Casación”. Montevideo, Ediciones IDEA. 1996, p. 17.

La característica esencial de la casación en España, y que lo distingue de los modelos francés e italiano; estable que cuando se trata de vicios *in iudicando*, el Tribunal Supremo no sólo casa la resolución impugnada, sino también compone el litigio, resuelve la controversia, como cualquier tribunal de instancia o mérito. Además, y consecuencia de lo primero, es la evidente jurisdiccionalidad, en el sentido del que el ente casador es considerado como un ente judicial y no político, como en Francia en sus orígenes.

13.1.3. CONCEPTO DE LA CASACION

Guillermo CABANELLAS; en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual indica: “El recurso de casación constituye un recurso supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictadas contra la ley o doctrina admitida por la jurisprudencia o faltando a los trámites sustanciales y necesarios de los juicios, para que, declarándolas nulas y de ningún valor, vuelvan a dictarse, aplicando o interpretando respectivamente la ley o la doctrina legal, quebrantadas en la ejecutoria y observando los trámites emitidos en el juicio, y para que se conserve la unidad e integridad de la jurisprudencia”.⁵

Piero CALAMANDREI, sostiene que: “El recurso de casación es lo mismo que la revocación: una acción de impugnación que mira, en un primer tiempo, a obtener la anulación de la sentencia impugnada, y en segundo tiempo, a obtener una nueva decisión sobre el mérito de la controversia; pero que difiere de ella, en cuanto, mientras se trata de la revocación tanto el residente como el rescisorio, se desarrollan ante el mismo juez a quo, posiblemente en un mismo juicio, cuando se trata del recurso de casación, el residente se desarrolla siempre ante un juez superior a aquel que ha pronunciado la sentencia impugnada (Corte de Casación), y el rescisorio, cuando es posible, se desarrolla por lo general ante una autoridad judicial igual en grado pero diversa de aquella que pronunció la sentencia impugnada (...) se caracteriza por los motivos en los cuales se funda; y como éstos pueden dividirse en dos grupos: *errores in procedendo* y *errores in iudicando*, el mismo viene en realidad a escindirse en dos institutos profundamente diversos”⁶.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de derecho usual”. Editorial Heliasta, Buenos Aires 1979, Tomo VII, p. 55.

⁶ CALAMANDREI, Piero. “La Casación Civil”, Volumen III, Editorial Oxford University Press, México 2001, p. 210.

Devis ECHANDIA; estima que: “La casación se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza, lo justifica. Esa limitación tiene tres aspectos: 1) en cuanto a las sentencias que puedan ser objeto de él, pues sólo se otorga para alguna de las dictadas por tribunales superiores en segunda instancia y en lo civil además para los que dicten en única instancia en procesos de responsabilidad civil contra jueces (pero en lo civil y laboral puede proponerse también per saltum, contra las sentencias del juez de primera instancia); 2) en cuanto a las causales que sirven para que estas sentencias puedan ser revocadas o reformadas, que están taxativamente señaladas; 3) en cuanto a las facultades de la corte en el examen y decisión del recurso pues no pueden examinar errores de la sentencia que el recurrente no acuse ni por causales que la ley no contemple. Es, además, un recurso exageradamente formalista”⁷.

13.2. SISTEMAS CASATORIOS.-

La doctrina establece tres sistemas importantes, el francés, el alemán y el español.

13.2.1 SISTEMA FRANCÉS.

Denominado también casación con reenvío, toda vez que tiene por característica principal, el reenviar el expediente al mismo Tribunal que dictó la sentencia o a otro de igual jerarquía o grado para que emita nuevo fallo. El juez receptor, puede estar de acuerdo con el criterio adoptado por el tribunal de casación, por lo que el asunto queda terminado; o puede insistir en el fallo anterior, originando que el caso suba por segunda vez; por lo que, a su vez, el Tribunal de Casación insista en su decisión casatoria, originándose un doble reenvío. Si el segundo juez de reenvío persiste en pronunciar una sentencia similar a las dos veces casada, se produce el “*referé obligatoire*” al cuerpo legislativo, que dicta un decreto de interpretación de la ley.

Se debe tener en cuenta que el segundo envío o reenvío, se debe efectuar siempre a otro Tribunal diferente al que dictó la resolución recurrida (tiene que ser de la misma categoría), o bien al mismo Tribunal pero debiendo tener la Sala de reenvío una composición diferente de magistrados. En este sistema, el recurso de casación está referido exclusivamente a cuestiones de derecho.⁸ Este sistema no funciona como

⁷ ECHANDÍA, Devis. “Teoría General del Proceso”. Tomo II, Editorial Universidad Buenos Aires. Buenos Aires 1985, p. 643.

⁸ HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos y VÁSQUEZ CAMPOS, José, *Código Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 1996, p. 1160.

tercera instancia, el Cour de Cassation se limita a pronunciarse sobre los motivos invocados por el recurrente, quien no puede invocar nuevas pretensiones, pero sí puede alegar todo tipo de errores jurídicos que pueden estar presentes, incluso en la sentencia de primera instancia y que no fueron analizados por la segunda instancia, también la alegación, por primera vez, de errores que afectan el orden público.

13.2.2. SISTEMA ALEMÁN.

Permite que el mismo Tribunal de Casación decida, sin reenvío, el conflicto; salvo que considere que no puede hacerlo sin un nuevo procedimiento, hipótesis en la cual remite lo actuado al juez de origen. Apréciase que es el criterio del propio Tribunal el que decide cuándo resuelve la causa ella misma o la reenvía.

Actúa como tercera instancia que despliega sus efectos sólo en el aspecto jurídico del proceso. En este tipo de sistema, incluso, se puede analizar todo la parte jurídica del objeto del juicio.

13.2.3 SISTEMA ESPAÑOL.

Denominado sistema de casación sin reenvío. Tiene como base el hecho de que si el Supremo Tribunal casa la sentencia, debe resolver lo que corresponda. Se evita, en lo posible, el reenvío, salvo que se trate de un vicio in procedendo que hace inevitable la devolución al juzgado de origen.

La diferencia advertida con el sistema francés, es que el español es más ágil, busca la solución inmediata, cuando la ley se lo permite, y la diferencia con el sistema alemán es que en éste, la decisión de reenvío no está en manos del Tribunal, sino que la ley procesal, casuísticamente, le indica lo que debe hacer en cada caso.

13.3.- MODALIDADES CASATORIAS.

Doctrinariamente existen dos modalidades; la casación por salto y la casación por interés de la ley.

13.3.1. CASACIÓN POR SALTO.

Procede cuando las partes, de común acuerdo, recurren en casación las sentencias de primera instancia, elevándose directamente el proceso a la Corte de Casación, sin

pasar por los órganos judiciales intermedios (Corte Superior), se omite interponer el recurso de apelación (Artículo 389º C.P.C., derogado). En la actualidad en el Perú, ha sido derogado, la norma que permitía la casación por salto.

13.3.2. CASACIÓN POR INTERÉS DE LA LEY.

No se ha regulado por haber caído en desprestigio. Hay una especie de desuso en las pocas legislaciones que la regulan. Esta institución se explica así: El Ministerio Público está facultado para interponerlo en cualquier proceso, aún cuando no haya sido parte en él ni cuando la parte legitimada no lo haya interpuesto. Es decir, actúa incluso en contra del interés privado (de allí el nombre de interés de la ley). Cuando el Ministerio Público detecta la existencia de una sentencia que viola flagrantemente la ley, la puede impugnar en casación, no para quitarle el valor de cosa juzgada (por no haberse interpuesto recurso por la parte) sino para evitar que tenga el valor de precedente. Es decir, el fallo casatorio que se produzca no tendría valor para las partes litigantes, quienes se someten a la decisión que tiene calidad de cosa juzgada, sino que servirá para sacar del catálogo de precedentes jurisprudenciales.

13.4. JURISPRUDENCIA DEL DERECHO ROMANO.

El derecho romano antiguo fue esencialmente un derecho casuístico, con normas específicas para resolver casos concretos, no había el grado de abstracción y generalidad de las normas jurídicas modernas, desde esta perspectiva se estableció la jurisprudencia. Consideramos que la más importante, es referido al tema cumplimiento del mandato, y del cumplimiento de mandato mortis causa, seguimos en estos casos al jurista chileno Alejandro GUZMAN BRITO⁹, editado reproducimos los casos:

PRIMER CASO.- Si el mandatario, se aparta totalmente de las instrucciones dadas por el dominus, se considera que hace algo distinto (*aliud quid facere*), en tal situación lo actuado queda activa y pasivamente para el mandatario; sin perjuicio de lo cual, se estima como no cumplido, y debe responder por ello el mandatario.

⁹ GUZMAN BRITO, Alejandro. "Derecho Privado Romano". Santiago de Chile 2004-B. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición 1996. Reimpresión de primera edición 2004. Tomo II. pp.195, 196, y 199.

Te mandé que compres en 100 la casa de Seyo y comprastes la de Ticio; aunque haya sido en un precio menor, no cumplistes el mandato y respondes por lo que importó el cumplimiento (Digesta Iustiniani 17.1.5.2), sin que puedas exigirme aceptar la casa de Ticio.

SEGUNDO CASO.- Si el mandatario no se aparta de las instrucciones, pero su gestión excede de los límites del mandato en perjuicio del mandante. Los sabianos, consideraban incumplido el contrato, dando al mandante la acción por cuanto le había interesado su cumplimiento y negando al mandatario. Los proculianos, lo consideran cumplido en la parte en que la gestión realizada quedó comprendida en el mandato, dando a ambos sus acciones, pero al mandatario sólo hasta el límite fijado, de modo de tener que soportar el exceso.

Te mandé comprar un fundo en 100, y lo comprastes en 150. Los sabianos consideraban incumplido el contrato y daban acción al mandante por cuanto le interesó que se hubiera cumplido, pero se le negaban al mandatario, aunque estuviera dispuesto a entregar el fundo y a soportar el exceso de 50, por ser injusto dejar la suerte de las acciones al arbitrio del mandatario. En cuanto quisiera o no soportar el exceso (Gaius, Institutiones 3.161; Digesta Iustiniani 17.1.3.1.). Los proculianos entendían cumplido el mandato hasta el límite fijado, y admitían, por tanto las acciones a favor de ambas partes, de modo que el mandante reclamara el fundo comprado por el mandatario y éste el reembolso del precio hasta los 100 que le habían sido fijados, soportando el exceso de 50 (Institutiones Iustiniani 3.26.8; Digesta Iustiniani 17.1.4 itp. Para hacer decir al sabiniano Gayo que la opinión de Próculo es más benigna; en D. 17.1.41 del mismo Gayo, en cambio, aparece siguiendo la opinión sabiniana). Cfr. Inst. 3.26.8. La opinión proculiana fue mayoritaria y Juliano terminó por sancionarla.

Te mandé afianzar hasta por 1.000, y lo hicistes por 2.000; se considera cumplido el mandato, pero hasta la suma de 1.000 por que el mandante responde, y la diferencia la asume el mandatario (Digesta Iustiniani 17.1.33).

TERCERO CASO: Si el exceso es en beneficio del mandante, lo obrado por su mandatario, obliga al dominus, porque su condición se ha hecho mejor.

Te mandé comprar en 100 y comprastes en 50: no puedo desconocer la venta (Digesta Iustiniani 17.1.5.5.).

CUARTO CASO: Si el mandatario actúa por defecto en perjuicio del mandante, como su condición se ha hecho peor, se considera incumplido el mandato. Sin embargo, si no hubo perjuicio, el mandato está cumplido.

Te mandé vender mi fundo en 100 y lo vendistes en 50: no obliga la venta al Dominus, y puede reivindicar el fundo (ya que el mandatario vendió cosa ajena), sin que el comprador me pueda oponer la *exceptio rei venditae et traditae*, como sí podría hacerlo de haberse respetado el precio (Digesta Iustiniani 17.1.5.3.) Te mandé afianzar hasta por 1,000 y lo hiciste por 500: ello obliga al mandante (Digesta Iustiniani 17.1.33.)

QUINTO CASO: En el caso de obrar el mandatario por defecto en beneficio del mandante, como hace mejor su condición, cumple el mandato.

Te mandé comprar en 100 y comprastes en 50: debo reconocer la venta y quedo obligado a reembolsarte ese precio (Digesta Iustiniani 17.1.5.5.).

Por otro lado, la jurisprudencia no admitía un mandato post mortem mandatoris, es decir conferido para que el mandatario lo cumpla después de fallecido el mandante; de forma que la muerte de éste no lo extinga.

Estos ejemplos: mandato de hacer un monumento después de la muerte (Digesta Iustiniani 17.1.12.17.), de comprar un fundo para los herederos (Digesta Iustiniani 17.1.13.), de manumitir un esclavo entregado en vida (Digesta Iustiniani 17.1.27.1.), están interpolados, como consecuencia de la decisión general de Justiniano de dar validez a los actos post mortem. Según esto, los herederos pueden exigir el cumplimiento del mandato con la acción directa y el mandatario sus gastos con la contraria.

13.5. JURISPRUDENCIA DE ARGENTINA.

En nuestra América del Sur, la jurisprudencia argentina es la que recepciona con mayor antelación los criterios doctrinarios de Europa, sin embargo esta misma jurisprudencia a decir de Sánchez Urte

“403. Ya hemos visto que aun en la doctrina se resiste mucho la idea de separar el mandato y la representación, en la jurisprudencia no se ha llegado a delinear el dominio de cada una de estas figuras, antes bien, se las ha confundido a menudo, incluso en fallos recientes.”¹⁰

¹⁰ SANCHEZ URTE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición

Sin embargo, consideramos que en la actualidad es un tema superado, el conocimiento y delimitación del mandato, representación, y poder, por ello reproducimos una jurisprudencia que establece con claridad los conceptos vertidos.

C. NAC. CIV.: 10 de febrero de 2010

MANDATO: Mandato - Representación - Poder irrevocable - Convenio de adjudicación de bienes entre los ex esposos - Improcedencia de la tercería deducida por el exmarido respecto del inmueble adjudicado - Boleto de compraventa celebrado con terceros de buena fe

1 - **El mandato**, según nuestro Código Civil, es un contrato que tiene por efecto que una persona ejecute en nombre de otra, uno o más actos jurídicos; es un contrato de medios, por lo que carece de autonomía de fin y puede ejercerse con representación o sin ella.

2 - **El poder de representación** es una declaración unilateral de voluntad (apoderamiento) por la cual se autoriza a realizar a otra persona un acto que recaerá sobre la órbita y el patrimonio del poderdante, es un instrumento jurídico de traslación de facultades, distinto del contrato base que genera dicha traslación.

3 - **El poder irrevocable** está tan alejado del mandato que casi podría considerársele el "antimandato", prueba de lo cual es que muchas veces se extiende a personas que no son de confianza -extremo típico del mandato-, pero que son, justamente, las "dueñas del negocio base", porque el poderdante ya no será beneficiario de dicho negocio del que ha quedado desinteresado.

4 - El verdadero negocio base que motivó el otorgamiento del poder irrevocable fue aquel convenio de adjudicación de bienes por el cual exmarido quedó desinteresado respecto de una propiedad y no el mandato para vender dicha propiedad; por lo que la exmujer se constituyó en la verdadera "dueña del negocio", de donde el poder especial se otorgó con carácter de irrevocabilidad y podía ser ejercido y hacerse valer aun contra la voluntad del poderdante, quien no habría podido revocarlo.

5 - Es improcedente la tercería de mejor derecho intentada por el exmarido que celebró con su exesposa un convenio de adjudicación de bienes sobre cuya base cual terceros ajenos a aquél negocio celebraron de buena fe un boleto de compraventa sobre el inmueble adjudicado a aquélla.

C. NAC. CIV., sala M, 06/10/2009 - F., G. L. v. R., J. y otros

FALLO

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, octubre 6 de 2009.

Vistos:

La resolución de fs. 74/5 que rechazó la presente tercería de mejor derecho fue apelada por el tercerista, quien expresó sus quejas a fs. 86/90 vta.

Corrido traslado, el mismo fue contestado a fs. 94/96 por la parte codemandada.

Los agravios del incidentista se centraron en los siguientes puntos:

- 1) El boleto de compraventa no importa la transferencia del dominio sino que se trata de una promesa de venta, de lo que resulta que ante su incumplimiento las partes deben acudir a la justicia para obtener el cumplimiento mediante una sentencia;
- 2) En la figura del mandato, mandante y mandatario no se subsumen, por lo que conforme a las prescripciones de los artículos. 1947 y concs., CCiv., el mandatario no puede ser personalmente demandado por la inejecución de las obligaciones asumidas por el mandante;
- 3) En el juicio promovido por J. R. sólo se demandó a la Sra. A., pero no se dirigió acción contra el tercerista, por lo que la sentencia que en aquellos autos se dictó no proyecta sus efectos sobre el recurrente;
- 4) Tampoco puede resolverse que los bienes propios del marido ni los gananciales que él administre, respondan por las deudas de la cónyuge (en el caso, excónyuge);
- 5) La resolución recurrida aplica con criterio erróneo las prescripciones del Código Civil atinentes al mandato que cita, en la medida en que el mandante no fue demandado en los autos sobre escrituración (resolución y daños y perjuicios, en rigor);
- 6) Como corolario, el embargo sobre bienes de los cuales el tercerista resultaba condómino, ordenado en una causa en la que no fue parte, es improcedente y viola su derecho de defensa.

I. Planteadas pues en detalle las quejas traídas por el tercerista se advierte en primer lugar, que el recurrente no se hace cargo de los demás fundamentos expresados por el primer sentenciante para formar su convicción al decidir en autos y que en concreto se refieren a las insoslayables manifestaciones efectuadas por G. F. en la escritura pública celebrada con fecha 22/10/1996, una de cuyas copias obra a fs. 52 de la presente tercería.

En este sentido y en la medida en que el apelante nada dice sobre este punto central de la resolución del a quo su memorial, pese a su extensión y aparente efectismo, queda huérfano de la crítica concreta y circunstanciada que el estadio procesal le exigía (artículo. 265, CPCCN), a riesgo de la deserción de su recurso.

II. En efecto, de la escritura pública a la que ya se ha hecho referencia, surge que

otorgó poder especial irrevocable a quien había sido su cónyuge, O. A., para vender y/o gravar con derechos reales la propiedad de la calle A., unidad funcional n., de Capital, autorizándola además para todos los actos atinentes para la consecución de esos fines.

Si éstos hubieran sido los únicos términos recogidos por el oficial público que otorgó la escritura, es cierto que nos hallaríamos dentro de los estrictos límites del mandato y del acto de apoderamiento instrumentado en función del primero.

En tal supuesto, que no es el de autos, la postura del tercerista respondería a la verdad de los hechos y se ajustaría a derecho: al no ser demandado en los autos "R. v. Alemán", como debía haberlo sido en su condición de mandante respecto de la venta del 50% indiviso de la propiedad de la calle A., no le serían extensibles los efectos de la condena de daños y perjuicios por la resolución contractual, y mal podría embargarse su parte indivisa.

Como se adelantó, no es el caso traído a debate.

En efecto, de la lectura de la escritura pública referida se obtiene que: "la irrevocabilidad se funda en el hecho de que el otorgante fue totalmente desinteresado de sus derechos sobre el inmueble y no le resta nada que reclamar a la mandataria por este concepto. Por ello la releva de toda obligación de rendirle cuentas de esta gestión", y este aspecto que es soslayado por el apelante sella la suerte de la cuestión porque la declaración suya fue plasmada por el escribano otorgante en una escritura pública.

No se explica cómo podría convalidarse judicialmente esta pretensión actual de reivindicarse como titular de aquéllos derechos respecto de los cuales el peticionario se manifestó expresamente desinteresado por instrumento público. Máxime cuando su actuación posterior resultó consecuente con aquél desinterés, siendo prueba acabada de ello el que el incidentista no se haya siquiera presentado en la ejecución de expensas "Consortio A. v. F." (expte. n. 81.702/03) -que se tiene a la vista-, dejando ir a remate la propiedad. Tampoco ha ejercido sus pretensos derechos, cuando en dichos autos se tomó nota del embargo ordenado en la causa "R. v. A." (expte. n. 15.471/98); causa esta última en la que tampoco fue citado por la demandada -quien tampoco intentó repeler la responsabilidad por la mitad de los daños irrogados por el incumplimiento contractual del boleto de compraventa-. En definitiva, el tercerista recién aparece cuando la propiedad ya se había rematado pretendiendo el

levantamiento del 50% del embargo sobre las sumas depositadas. El apelante omite sugerentemente, lo que sin duda fue el negocio base que motivó el apoderamiento conferido con carácter de irrevocabilidad y así su postura actual contradice sus actos propios anteriores (conf. Minoprio, César, "El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir en contra de los propios actos", en Revista del Notariado, n. 742, p. 1247 y ss.).

En este sentido, huelga puntualizar que el instrumento público mediante el cual se instrumentó el poder irrevocable y se plasmó la existencia de un negocio base que motivó tal irrevocabilidad, no fue redargüido de falso ni se planteó su nulidad por ninguna de las partes implicadas (conf. artículos. 989, 993, 994 y concs., CCiv.).

III. En este punto cabe puntualizar que **mandato, poder y representación no son conceptos que puedan confundirse** (conf. Díaz de Vivar, Elisa, "Apuntes sobre mandato, poder y representación", "Lecciones y Ensayos", Publicaciones UBA, t. 34). **El mandato**, según nuestro Código Civil, es un contrato que tiene por efecto que una persona ejecute en nombre de otra, uno o más actos jurídicos; es un contrato de medios, por lo que carece de autonomía de fin y puede ejercerse con representación o sin ella.

Representante en un acto jurídico alude a la persona que, en virtud de una autorización legal, judicial o convencional, actúa en nombre de otra, ejerciendo prerrogativas jurídicas de ésta de modo que transfiere a la esfera jurídica del representado las consecuencias jurídicas del acto celebrado (conf. Llambías, Jorge, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. II).

El poder de representación es una declaración unilateral de voluntad (apoderamiento) por la cual se autoriza a realizar a otra persona un acto que recaerá sobre la órbita y el patrimonio del poderdante, es un instrumento jurídico de traslación de facultades, distinto del contrato base que genera dicha traslación.

Es así que, el poder puede ser otorgado no sólo por la existencia de una mera relación de mandato y en exclusivo interés del mandante (mandato puro), sino por la coexistencia de ese contrato con otros negocios jurídicos que llevan a que se lo otorgue aun más allá del interés del poderdante (mandato impuro).

Es aquí donde cobra relevancia la figura del **poder irrevocable** por esencia, al que algunos autores han catalogado inclusive como una categoría autónoma de la figura del poder, y que si bien puede haberse generado con motivo de la existencia de un mandato y para cumplirlo, se fundamenta en otra relación que es su causa fuente o base y que puede ser del interés del apoderado o de un tercero.

En este sentido se ha llegado a sostener que el poder irrevocable está tan alejado del

mandato que casi podría considerársele el "antimandato", prueba de lo cual es que muchas veces se extiende a personas que no son de confianza -extremo típico del mandato-, pero que son, justamente, las "dueñas del negocio base", porque el poderdante ya no será beneficiario de dicho negocio del que ha quedado desinteresado (conf. Etchegaray, Natalio, "Esquemas de técnica notarial", citado por Solari Costa, Osvaldo en "Poder irrevocable convencional y poder irrevocable por esencia", LL 1997-C-255; en igual sentido, Masnatta, "Poder irrevocable").

IV. Efectuadas dichas precisiones, se observa con nitidez que en la escritura pública n. 787, del 22/10/1996, el aquí tercerista, en su carácter de titular registral del 50% indiviso del inmueble de la calle A. ..., unidad funcional n...., del piso 6 de Capital, otorgó un poder irrevocable para disponer de dicha propiedad a quien había sido su esposa y de quien se había divorciado vincularmente mediante sentencia de fecha anterior -10/4/1991- dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n. 23.

Allí manifestó expresamente que "fue totalmente desinteresado de sus derechos sobre el inmueble y no le resta nada que reclamar a la mandataria por este concepto. Por ello la releva de toda obligación de rendirle cuentas de esta gestión". Ello así, resulta evidente no sólo por los claros términos de la manifestación hecha ante el escribano otorgante, sino por el conocimiento que de esta reiterada práctica se tiene en casos análogos, que ésta fue la vía elegida por los ex cónyuges para plasmar el acuerdo de liquidación y partición de bienes de la sociedad conyugal que se había disuelto mediante su divorcio.

Fuerza es concluir entonces, que el verdadero negocio base que motivó el otorgamiento del poder irrevocable fue aquel convenio de adjudicación de bienes por el cual F. quedó desinteresado respecto de la propiedad de la calle A., y no el mandato para vender dicha propiedad. De allí, en el análisis ya efectuado, que la Sra. A. se constituyó en la verdadera "dueña del negocio", de donde el poder especial se otorgó con carácter de irrevocabilidad y podía ser ejercido y hacerse valer aun contra la voluntad del poderdante; quien no habría podido revocarlo (conf. Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de Capital Federal, del 23/5/1994, Revista del Notariado, en un caso donde se discutió la posibilidad de revocación); ni participado del producto de la venta del inmueble, en el caso de que aquélla hubiera logrado sus frustrados efectos.

V. Asimismo, resulta necesario destacar que la inscripción registral en la que funda su pretensión el tercerista, a la cual refiere el art. 2505, CCiv. en su redacción posterior a

la reforma introducida por la ley 17711, en concordancia con las prescripciones de la ley 17801 del Registro de la Propiedad Inmueble, ha sido interpretada por la mayoría de la doctrina civilista como meramente declarativa y no constitutiva de la transmisión de derechos reales sobre inmuebles.

Es que la inscripción registral, surgió como un requisito de seguridad publicista en las transacciones de la vida moderna, superior a la publicidad posesoria de la cosa, clásica de la codificación, destinadas ambas a proteger a los terceros. De ahí lo expresado en el renglón final de la norma, en cuanto a que dichas adquisiciones no serán oponibles a terceros mientras no estén inscriptas (...).

Ello, a su turno, debe correlacionarse con lo dispuesto por el artículo. 20 de la ley registral que establece que "las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieren corresponder" (artículo. 20, ley 17801).

VI. Por lo demás, resulta írrita la invocación de la garantía constitucional de la defensa en juicio, cuando el apelante nada actuó en defensa de los que dice sus derechos en los expedientes conexos a esta tercería, llegándose inclusive al remate de la propiedad sin que aquél, debidamente citado, efectuare presentación alguna en virtud de aquéllos.

De todos modos, la garantía de su defensa que tardíamente invoca, se ha visto respetada en la presente causa (...).

VII. Como corolario, en tanto su ausencia de derechos sobre la propiedad de la calle A., el argumento central del apelante en cuanto a que pretende extenderse la condena dictada contra la Sra. A., resulta improcedente. La tercería de mejor derecho intentada para ser pagado con preferencia a los embargantes de los autos "R., J. V. A. O. s/ escrituración", por los argumentos aquí expresados, ha sido bien rechazada.

Por ello el tribunal resuelve:

Confirmar, en base a los fundamentos que resultan de los considerandos, la resolución de fs. 74/5, con costas al apelante, vencido (artículo. 68 y 69, CPCCN).

Regístrese y devuélvase.- Mabel de los Santos.- Carlos R. Ponce.- Elisa Díaz de Vivar. (Sec.: Maria L. Viani).

En seguida Jurisprudencia de mandato y la representación, reproducidas por Sanchez Urite.

“404. Una vieja jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia de la Nación, expresaba: “4º Las palabras mandato y representación expresan conceptos conexos y nociones irreductibles”. Dicho fallo del día 2 de setiembre de 1935 apareció publicado en Jurisprudencia Argentina, tomo 51, página 753. En apoyo de la noción sustentada en el mismo, se invoca la autoridad del sabio jurista doctor Juan Antonio BIBILONI, quien comenzaba el titulo de mandato con esta nota: “Si hubiéramos de caracterizar el mandato en nuestra legislación, por lo que de él expresa el artículo 1869, debiéramos decir que el mandato constituye un contrato de representación de una persona por otra, que ejecuta en su nombre y de su cuenta actos jurídicos. Mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles.

405. Hasta aquí el fallo de la Corte, que en forma impecablemente cuidadosa, respeta la opinión de BIBILONI, pero el autor a continuación manifiesta “... Nada de eso es cierto. El mandato y la representación son cosas no conexas e implican nociones diversas ...”. Como se podrá apreciar, hubo sin duda una transcripción de los primeros renglones de la nota en cuestión, olvidando las que seguían a continuación en donde justamente echa por tierra el argumento desarrollado en los primeros.

“407. La jurisprudencia, sin embargo, tuvo notables aciertos en el tema, tal el fallo de la Cámara civil 1ª de la capital, que en el 2 de setiembre de 1942 (La Ley, t. 28, pág. 179), expresó: “El concepto de mandato que se pretende derivar exclusivamente del artículo 1869 del Código civil, olvidando lo dispuesto en el artículo 1929 del mismo, es fragmentario y equivocado. La noción de mandato no envuelve la de representación. Y recíprocamente, hay representación sin mandato.

408. Dicho fallo, sin embargo no halló eco en otros posteriores (...) “La representación es la que caracteriza y distingue al mandato de la locación de servicios o de obra”. El último fallo apareció publicado en Jurisprudencia Argentina, t. IV, pág. 293, del año 1947.

409. Jurisprudencia más reciente de la Cámara civil, sala “D”, de fecha 20 de julio de 1960 (La Ley, t. 100, p. 350) dice: “La representación es el elemento característico del mandato y supone la intervención de una persona que actúa en nombre y por cuenta de un tercero, sin resultar ella misma afectada de las

consecuencias jurídicas del acto que realiza, las que recaen exclusivamente en el verdadero interesado. (...)."¹¹

Academia Nacional del Notariado. Consulta Registral: Validez de una escritura de donación otorgada por el apoderado después de la muerte del poderdante : Consulta proveniente de la provincia de Corrientes. (En: Reseña. Buenos Aires: Academia Nacional del Notariado, n. 5, mayo 1998, p. 25-30). Características del caso: a] Por escritura pública una persona otorga un poder especial irrevocable para que el apoderado done a una tercera persona el inmueble que allí se determina. b] Días después, el apoderado y el donatario otorgan la escritura de donación, pero en el intervalo había fallecido el donante. c] El Registro de la Propiedad Inmueble orrespondiente, enterado de la muerte del donante invocando sus facultades calificadoras, se niega a inscribir la donación. Se fundamenta el artículo. 1789 Cod.Civ. y también en los artículos. 1148 y 1149. d] El escribano autorizante hizo uso de los recursos registrales administrativos pertinentes, con resultado negativo y se reservó el derecho de acudir ante el Superior Tribunal de Justicia y eventualmente ante la Corte Suprema de la Nación, por considerar afectado el derecho de defensa en juicio y el de propiedad, además de la arbitrariedad de la decisión denegatoria, por vía correspondiente recurso extraordinario federal.

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Consultas jurídiconotariales Poder especial irrevocable: extinción por expiración del plazo. (En: Revista del Notariado. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Año 101, 852, abril-junio 1998, p.107-108) **Doctrina:** El vencimiento de la limitación temporal de un poder determina su extinción independientemente de que no se haya cumplido el objeto para el cual se otorgó. Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 25/03/1998 sobre la base de un dictamen preparado por el Escribano Armando J. Verni.

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Consultas jurídico notariales Poder especial irrevocable: sustitución : aptitud necesaria. (En: Revista del Notariado. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Año 101, 852, abril-junio 1998, p. 99-101) **Doctrina:** No basta el mero poder otorgado para acreditar la adquisición de un inmueble; debe verificarse la legitimación de los poderdantes mediante los respectivos títulos inscriptos. El poder solo es

¹¹ SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. pp. 297-300.

estrictamente irrevocable en el caso de acreditarse fehacientemente el interés legítimo [Artículo. 1977 y 1982 Cód. Civ]. Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 17/9/1997 sobre la base de un dictamen preparado por el Esc. Francisco Cerávolo. Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires. Consulta Poder especial irrevocable : Plazo incierto. Validez. (En: Revista Notarial. La Plata: Colegio de Escribanos, año 103, n. 926, enero-abril de 1997, p.253) **Doctrina:** El poder irrevocable cuyo tiempo se limita con la expresión "el tiempo necesario para la conclusión del negocio base" tiene plazo incierto y por tanto reúne el requisito exigido por el artículo. 1966 del Código Civil. Otra posición encuadra dicho poder en el artículo. 1982 del Código Civil. Una tercera posición manifiesta que la ley expresamente ha querido poner un límite en el tiempo, facultad que corresponde al poderdante quien no puede renunciar sine die a su derecho a revocar. La expresión antedicha no es suficiente para limitar el tiempo. Por lo tanto, el poder no es irrevocable.

13.6. JURISPRUDENCIA DE ESPAÑA.

Las siguientes, son jurisprudencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, por el periodo comprendido entre 1 de enero de 1990 y 1 de febrero de 2000, de las cuales hemos seleccionado las que a criterio del investigador son las más importantes.

El Mandato:

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 22-5-1998 (ED 1998/3981): Dicho **mandato** puede ser **expreso**, en forma verbal, conforme al artículo 1710 del Código Civil, o **tácito**, atendiendo a los actos posteriores de los mandantes, acreditativa de haber efectuado su ratificación, que autoriza los artículos 1710, 1727, 1311 y 1259 del Código Civil, en atención al aprovechamiento efectivo de las actividades llevadas a cabo por quien se reputa mandatario (sentencias de 10-10-1963, 14-6-1979, 10-5-1984, 5-11-1993, 2-10-1995 y 7-4-1998)

SENTENCIA del Tribunal Supremo 4/12/92 (RJ 10.389): La jurisprudencia de esta Sala y la doctrina científica vienen manteniendo con unanimidad la teoría ya clásica **de que en virtud del mandato representativo se origina una subsunción de la voluntad del mandante en la gestión realizada por el mandatario, produciéndose una subrogación de la voluntad sustituida por la del sustituto, salvo, claro está, que se haya dado una extralimitación en los límites del mandato.** RESOLUCION DE LA DGRN 2/12/98 (RJ 10481): Afirma este Centro que en virtud del artículo 1.259

Cc el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo (...). Es doctrina reiterada que (...) se produce una actuación nula por insuficiencia de poder (...) . Del mismo modo, **sin ratificación expresa o tácita, lo actuado por el representante con poder insuficiente, no producirá ningún efecto en la esfera jurídica del representado, y ello sin necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad de un acto, que hasta el momento, se reputaría válido.** SENTENCIA del Tribunal Supremo 12/6/91 (RJ 4765): Con respecto al artículo 1.259 Cc, párrafo último,(...) se regula el régimen jurídico del contrato celebrado por la persona que no tiene poder de representación necesario para ello, determinando que ello es absolutamente nulo. Ahora bien, **ese término de nulidad, empleado legalmente, hay que entenderlo como de anulabilidad, puesto que dicho precepto “a posteriori” admite su convalidación, si ese deletéreo apoderamiento, es ratificado posteriormente por la persona “in nominatim” representada.** SENTENCIA del Tribunal Supremo 23/9/94 (RJ 6987): El traspaso o exceso de los límites del mandato es sancionado en los artículos 1714 y 1727 Cc con la nulidad (...). SENTENCIA del Tribunal Supremo 13/5/91 (RJ 3664): El contrato celebrado por el mandatario con los terceros, con poder insuficiente, no obligaba la mandante. SENTENCIA del Tribunal Supremo 19/10/93 (RJ 7744): Ante esa extralimitación de funciones por el mandatario, resultaría injusto imponerle las consecuencias nocivas de ella derivadas al mandante.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 3-11-1997 (ED 1997/7010): Esta Sala, en definitiva, ha conciliado el contenido de los artículos **1.710 y 1.713**, en cuanto declara que los referidos preceptos no son incompatibles entre sí, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, pues el 1.710 se refiere a la forma de expresarse el **mandato**, es decir, de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante, en cuanto puede ser expreso o tácito y el 1.713 ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipoteca o llevar a cabo actividades de riguroso dominio, por lo que, sin apartarse del texto legal, la denominación más adecuada y conveniente sea la de **mandato** especial determinado (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992, entre otras). El **mandato**, pues, en estos casos no sólo ha de ser especial, sino, además, expreso, requisitos que no excluyen que se confiera de forma oral, lo cual plantea, evidentemente un problema de prueba dadas las dificultades inherentes a la determinación de su alcance y suficiencia.

SENTENCIA AP Madrid de 23-6-95: (...) pudiendo extraerse la existencia de mandato tácito cuando el que actúa como mandatario tiene una **actuación pública, ostensible**

y notoria como tal, con desempeño constante de gestiones, aceptadas por el mandante, supuestos en que principios de seguridad jurídica y buena fe obligan al mandante aun cuando el mandatario actuare en nombre propio, "propio nomine", y las consecuencias de la operación de que se trate no entraren en su patrimonio sino en titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio del mandante; pero la fundamental en el caso de autos es que no aparece probada ni siquiera la actuación de ese mandatario aparente”.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 25-2-99: La situación de copropiedad no exime, en principio, a la Administración de notificar las sucesivas actuaciones de un procedimiento con incidencia sobre los bienes comunes a todos y cada uno de los copropietarios, si fueran conocidos, pues son interesados en él. Este principio no impide que en casos singulares la actuación de un copropietario en favor de los intereses comunes se considere como derivada de un **mandato tácito** y legitime que se entiendan con él solo los sucesivos trámites. En este sentido se pronuncian las Sentencias de esta Sala de 20-3-96 (RJ 1996\2214) y de 6-3-96 (RJ 1996\988).

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 29-7-97: Es lógica y acertada la conclusion de la Sentencia recurrida de que el poder otorgado a su hermano lo era para celebrar un propio y verdadero contrato de compraventa. Además, **esta conclusión aparece apoyada en los actos coetáneos o posteriores al contrato que resalta, y de donde deduce con todo rigor que la recurrente dio mandato para vender a su hermano.** (...) Que la recurrente no quisiera cobrar el talon, seguramente con el objeto de preconstituir pruebas que avalasen su retractación, no indica de modo concluyente e indubitado que ni su hermano careciese de mandato para vender la finca de su propiedad, ni que no se pactasen arras confirmatorias.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 29-3-95: Por su carácter consensual, la validez del mandato viene determinada por la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, expresa o tácita, por escrito o verbal (SST de 16-3-1951, de 25-10-75 y de 12-2-82). Y en este caso la utilización de un **mandato tácito** tuvo lugar en la presencia del mandante sin oponerse. Luego no puede con posterioridad el mandante ir contra sus propios actos productores de efectos jurídicos y negar el mandato en perjuicio de terceros.

Distinción con otras figuras:

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 27-11-1992 (ED 1992/11753) La expresión "prestar algún servicio" contenida en el artículo. 1709 CC es tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre **mandato** y **arrendamiento de servicios**, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al "dominus" y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario. Las SS 14 marzo 1986 y 25 marzo 1988 centran el criterio de distinción en la **sustituibilidad o insustituibilidad** en el hacer, de tal manera que **habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo**.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 22-5-1998 (ED 1998/3981): Los encargos de venta no suponen efectivos mandatos para llevar a cabo actos de riguroso dominio, pues lo único que facultan es a realizar actividades de localización de posibles compradores y mediar entre estos y los futuros vendedores, con lo que el hecho de concurrir estas gestiones previas no conducen a tener que decretar que con ellas se generó efectiva venta, como tampoco si el intermediario percibe -no constando en este caso si estaba autorizado para ello- algún dinero como arras o señal, ya que esta situación no implica perfección de un contrato para el que se carece del necesario poder (sentencias de 19-10-1993 y 7-3-1994). El mediador no puede rebasar sus funciones y el exceso en su gestión no obliga a su principal para con el tercero con el que mantuvo tratos negociales de indiscutible condición preliminar.

STS 28 Octubre de 1965 (RJ 4766): "La actuación de la madre al respecto no cabe configurarla con una gestión de negocios ajenos, ni asimilarse a ella, pues tal actuación fue como contratante arrogándose indebidamente la **representación legal de sus hijos**, estando, pues, indebidamente aplicado este artículo, una vez que no se trataba de intereses abandonados y quien tenía en ese aspecto la verdadera representación de los menores, era Defensor Judicial.

Sentencia del Tribunal Supremo 9 de Abril de 1957 (RJ 2498): " Concebida la **gestión de negocios ajenos** como una obligación real que nace ex negotio gesto y fundada no sobre un consentimiento presunto, sino sobre el hecho mismo de gestionar

negocios de otro, **no puede establecerse en cuanto a sus efectos, ninguna ecuación** jurídica perfecta **con el mandato**, porque el punto de origen de las respectivas obligaciones opuesto esencialmente, por ser en la gestión el hecho de actuar utiliter y diligenter, y en el mandato la voluntad contractual de las partes, pudiendo no quedar responsable también, no administrando el negocio"

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 7-5-1993 (ED 1993/4303): más que ante un mandato civil nos encontramos ante la figura del **factor mercantil**, y como dispone el artículo. 286 CCom. y declara la Jurisprudencia, entre otras en SS 25-4-86, 5-7-84 y 19-6-81, al denominado **factor notorio** se le reputa dotado de un poder general, pero estrictamente referido en el aspecto objetivo a las operaciones relativas al giro o tráfico del establecimiento, que es donde opera la defensa de los terceros de buena fe.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 28-07-99 (RJA 6581): "El representante **habrá de acreditar su representación** del modo previsto legalmente si le es exigido por el tercero. Lógico y ajustado a la buena fe resulta que quien es requerido para observar una conducta en nombre del poderdante compruebe la existencia del poder en favor del que se la exige, y esto es lo que hizo la sociedad recurrente al contestar al requerimiento notarial de la actora por la vía del mandatario verbal. El documento privado de ratificación de lo actuado por él, es inoperante; ni se utilizó la escritura pública ni constan las facultades de la persona física que firma la ratificación para actuar en nombre de la sociedad requirente, por lo que ha de considerarse que no se ha cumplido el requisito de procedibilidad para ejercitar la acción con el tan repetido documento de ratificación, y sin que en modo alguno pueda valer, como quiere la actora, la propia demanda."

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 4-12-1998 (RJA 9615): "que la mera existencia de una relación familiar no deteriorada (en este caso concreto, una relación paterno-filial), del hecho de que los padres otorgaran un amplio poder notarial a favor de su hijo con fecha 26 de abril de 1989 (casi nueve meses después de que los propios padres hubiesen vendido, por escritura pública, el piso litigioso a personas distintas de don Luis R. M.) y de la «actuación previa y subsiguiente en relación con los hechos debatidos» (sin concretar en qué consistió esa «actuación previa y subsiguiente») **no puede** en modo alguno, según las reglas del criterio humano, que son las de la pura y estricta lógica, **alcanzarse la conclusión** (tan desacertadamente obtenida por la sentencia recurrida) **de que los padres hubieran conferido un mandato verbal a su hijo** don Isidoro D. G. para que éste celebrara, en nombre y

representación de ellos, con don Luis R. M. el contrato privado de compraventa de fecha 29 de junio de 1988 (al que nos hemos referido en el apartado 2.º del fundamento jurídico primero de esta resolución), **ni tampoco** la conclusión de **que los padres hubieran ratificado posteriormente** dicho contrato”.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 22-05-1998 (RJA 3990): “al hallarse incluida, nominalmente, la enajenación, en la enumeración de los **actos de «riguroso dominio»** a que se refiere el párrafo segundo del artículo mencionado, la necesidad del **mandato expreso**, resulta patente, por lo que, la jurisprudencia, en conjunto y, en casos semejantes, como resalta la doctrina «trata de impedir la generalización o la indeterminación con que suelen aparecer conferidos gran número de mandatos y poderes» de manera que «sólo bajo el presupuesto de una amplia y expresa contemplación de los actos autorizados es posible una serie interpretación acerca del alcance de tal o cual actuación»; y su eficacia. Esta Sala, en definitiva, ha conciliado el contenido de los artículos 1710 y 1713, en cuanto declara que los referidos preceptos no son incompatibles entre sí, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, pues el 1710 se refiere a la forma de expresarse el mandato, es decir, de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante, en cuanto puede ser expreso o tácito y el **1713** ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipoteca o llevar a cabo actividades de riguroso dominio, por lo que, sin apartarse del texto legal, la denominación más adecuada y conveniente sea la de mandato especial determinado (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril 1992 [RJ 1992\4472], entre otras). El mandato, pues, en estos casos no sólo **ha de ser especial**, sino, además, **expreso, requisitos que no excluyen que se confiera de forma oral**”.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 7-04-1998 (RJA 2316): “La realidad de la expedición de **poder expreso** y decidido de vender **es elemental** para otorgar contratos de venta de inmuebles, tanto en forma verbal, como escrita, pues, como se deja dicho, una cosa es la representación de otro para negociar y distinta para enajenar sus bienes a tercero. El hecho de darse un **simple encargo para llevar a cabo actividades precontractuales**, proyectadas a una venta futura, **no autoriza** a la recurrente a elevarlo por sí y porque se acomoda a sus intereses, a apoderamiento otorgado para realizar actos dominicales dispositivos a su favor. No se ha producido indefensión alguna, pues **correspondía a la sociedad que recurre adoptar las precauciones** necesarias y hasta elementales **de exigir a los representantes de las demandadas** que acreditaran **sus poderes** dispositivos”.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 18-03-1999 (RJA 1858): “Ciertamente que el artículo. 1259 del C.c declara la nulidad de los actos realizados por quien carece de autorización o representación legal de la persona a cuyo nombre contrata. Pero, en contra de lo que sostiene el actor, esa **nulidad** no es absoluta, sino que puede ser neutralizada **por la ratificación expresa o tácita**, del "dominus neegotii", confirmándose así el negocio transmissivo”.

SENTENCIA del Tribunal Supremo 28/5/91 (RJ 3937): Es reiterada doctrina de esta Sala – STS 11/10/90 (RJ 7856)- que si bien el artículo 1259 dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga autorización o representación legal es nulo, **ese mismo precepto y el 1727 del Cc admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, ratificación que purifica el negocio (ratihabito mandato reputatur) y lo hace válido desde su origen y durante la pendencia de la “conditio iuris” que la ratificación supone.** SENTENCIA del Tribunal Supremo 2572/94 (RJ 1263): Con la ratificación “ a posteriori” del “dominus” se acepta lo realizado por su gestor en una actuación plenamente representativa que despliega todos sus efectos en orden a la representación (**ratihabito mandato aequiparatur**) (...) y quien actúa sin poder o sin autorización de la persona por quien actúa, aunque no se pusiese de manifiesto, invade la esfera jurídica ajena, pero se sana, se convalida retroactivamente, por la ratificación. SENTENCIA del Tribunal Supremo 19/7/99 (RJ 6772): La ratificación posterior subsana la falta inicial de poder. SENTENCIA del Tribunal Supremo 2/12/98 (RJ 10481): De conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1717 del Cc, la nulidad de lo actuado con poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado.

SENTENCIA del Tribunal Supremo 17/6/91 (RJ 4469): La ratificación supone un saneamiento posterior de los negocios, que les viene por tanto a dar plena validez (**ratihabito mandato compartur**), **como si se hubieran celebrado con apoderamientos legales y suficientes.** No se trata, ni se ha producido una actividad confirmatoria, en cuanto ésta purifica a los posibles pactos anulables (artículo.1313Cc), bien mediante la convalidación de los vicios originarios de que adolecen, convirtiendo en regular lo que era negocio irregular, o bien mediante la denegación y renuncia de las acciones de anulabilidad que asisten a las interesadas en el asunto convenido, no obstante perduran los defectos originarios. Luego y

siguiendo lo expuesto, se trata lo primero de un verdadero y eficaz **acto ratificativo** (...) y al que haya de atribuírsele efectos retroactivos, pues se cumplió la condición suspensiva, que vedaba su dinámica de eficacia, entanto no se produjese o consolidara de forma definitiva el estado de pendencia de que adolecía (...), luego no puede reputarse como un nuevo negocio sino la afirmación de perfección del ya existente.

SENTENCIA del Tribunal Supremo 23/10/90 (RJ 8040): A mayor abundamiento manifiesta esta Sala que de acuerdo al párrafo 2º del artículo 1727 Cc **la ratificación puede ser expresa o tácita**. **SENTENCIA del Tribunal Supremo 13/5/91 (RJ 3664):** Si bien es cierto (...) también lo es que puede ser ratificado por éste (artículo. 1727.2Cc) expresa o tácitamente. **SENTENCIA del Tribunal Supremo 18/5/99(RJ 4332):** (...) traspasando los límites del mandato (...) al mandante, cuando éste lo ratifica expresa o tácitamente. **SENTENCIA del Tribunal Supremo 2/12/98 (RJ 10481):** (...) del mismo modo que sin ratificación expresa o tácita lo actuado (...).

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 25-2-94 (RJA 1263): Con la **ratificación «a posteriori»** del «dominus» se acepta lo realizado por su gestor y asume sus consecuencias, transformando lo realizado por el gestor en una actuación plenamente representativa que despliega todos sus efectos en orden a la representación («raihabito mandato aequipatur»);

SENTENCIA del Tribunal Supremo 5/11/93 (RJ 8968): (...) es evidente que los ratifica y ya no podrá ejercitar las acciones de inexistencia de los correspondientes contratos, **y la ratificación posterior (...) del representado, purifica el negocio desde su origen**, según el contenido del párrafo 2º del artículo. 1259 Cc: así Sentencias de 14/6/74 (RJ 2637); 10/5/84 (RJ 2406), ETC.. **SENTENCIA del Tribunal Supremo 17/6/91 (RJ 4469):** (...) saneamiento posterior, les viene a dar validez **(ratihabito mandato comparatur), como si se hubieran celebrado con apoderamientos legales y suficientes (...) se trata (...) de un verdadero y eficaz acto ratificativo (...) y al que haya que atribuirle efectos retroactivos (...).** **SENTENCIA del Tribunal Supremo 2/10/95 (RJ 6976):** **Supone una ratificación (...) por lo que el contrato no puede reputarse como inexistente y queda de esta forma dotado de validez.** **SENTENCIA del Tribunal Supremo 13/5/91 (RJ 3664):** y una vez ratificado el negocio por el poderante se considera válido y eficaz y suplida así la falta de autorización previa. **SENTENCIA del Tribunal Supremo 11/10/90 (RJ 7856):** (...) **cuya ratificación purifica el negocio (ratihabito mandato reputatur) y lo hace**

válido desde su origen y durante la pendencia de la “*conditio iuris*” que la ratificación supone (...) se ha producido una verdadera y propia ratificación del contrato (...) por lo que el aludido contrato (...) ha de considerarse válido y eficaz. SENTENCIA del Tribunal Supremo 28/5/91 (RJ 3937): (...) **ratificación que purifica el negocio (*ratihabito mandato reputatur*) y lo hace válido desde su origen y durante la pendencia de la “*conditio iuris*” que la ratificación supone.** SENTENCIA del Tribunal Supremo 25/2/94 (RJ 1263): Con la ratificación (...)el negocio (...) quedó purificado y plenamente eficaz, sanando todo posible defecto con carácter retroactivo. SENTENCIA del Tribunal Supremo 19/7/99 (RJ 6772): La ratificación posterior subsana la falta inicial de poder. SENTENCIA del Tribunal Supremo 3/3/92 (RJ2155). Ratificada (...) tiene efecto retroactivo (...) resultando convalidado el acto realizado aunque el que actuó en representación no hubiera sido apoderado, desde la fecha de su celebración, lo que purificaría en su caso el negocio desde su nacimiento (...) y nada obsta por tanto a la aplicación (...) de la retroactividad de la ratificación

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 22-4-1994 (ED 1994/3530): hubo en el caso debatido una **transmisión del mandato, ya que el mandatario obrando en nombre del mandante y en virtud de las facultades específicamente conferidas traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato, y puesto en su lugar el sustituto, para que actúe éste en nombre del mandante** (doctrina recogida de las S de esta Sala de 14 diciembre 1943 y 2 marzo 1992). Y sobre todo interesa en este litigio dejar bien sentado, como confirman las SS anteriores de 16 diciembre 1897 y 22 octubre 1919, que **el mandatario queda desligado en el supuesto de sustitución de la clase referida de todas sus relaciones con el mandante, quedando en su lugar el sustituto, único que desde entonces tiene carácter de mandatario con relación al poderdante.** Es decir que autorizada la gestión y elegido el sustituto con arreglo al ámbito de una diligencia de persona normalmente capaz de obrar, la transmisión del mandato opera en toda su extensión y efectividad, respondiendo en adelante, como claramente resulta de la expresada jurisprudencia, tan solo el sustituto frente al mandante que autorizó su participación y no el sustituyente, en el supuesto debatido el demandante y recurrente, ya que éste carece de toda relación con el objeto de la pretensión que dedujo de la demanda, carencia que lleva consigo la de la acción que aquí ejercitó. Y todo ello explica lo acertado de la resolución de la Sala “a quo”, aunque por fundamento jurídico diferente, de que el actual recurrente carezca de acción contra su mandante, la recurrida, puesto que sustituyó totalmente su poder sin contravenir las facultades que

el "dominus negotii" le otorgó, y en la demanda reclama en su nombre propio por actos (gastos y gestiones hechos por el sustituto) después de haber quedado totalmente desligado de su relación con la mandante y ahora recurrida.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 2-3-1992 (ED 1992/1987): Opera el instituto de la transmisión cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante, y en virtud de las facultades específicamente conferidas, traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato, y puesto en su lugar el sustituto, para que actúe éste en nombre del mandante; **ha de entenderse, por el contrario, como delegación o sustitución** cuando el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga en nombre propio, o simplemente traspasándole el encargo recibido, pero sin desligarse, en ninguno de ambos supuestos, de las relaciones jurídicas que tenía con el mandante, respecto al cual queda responsable de los actos realizados por estos auxiliares designados a su iniciativa (artículo. 1721.1 CC).

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 16-6-1990 (ED 1990/6423): el contenido del artículo. 1738 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, concede **plena validez** y efectividad a los **actos realizados** por el mandatario, **desconociendo la revocación** del mandato (y mucho más antes de producirse esta revocación) siempre que el tercero con quien contrata haya operado de **buena fe**; contrato de cesión oneraria de la información, y buena fe en el tercero adquirente, que concurre en los condicionamientos acabados de señalar.

SENTENCIA del Tribunal Supremo (ED 1998/1123): "cuando se ha establecido un plazo de duración "evidentemente en interés común de ambas partes contratantes", la facultad de **revocar** subsiste, mas si se impone **antes de la expiración del plazo**, sin haberse demostrado justa causa dimanante de lo pactado por parte del mandatario o comisionista, entonces **el comitente debe indemnizar** a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasione.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 11-5-1993 (ED 1993/44118): la **irrevocabilidad** del mandato deviene **no solo cuando exista pacto expreso** que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme a su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino **también cuando** el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandante, sino que **responde a exigencias de cumplimiento de otro**

contrato en el que están interesados, no solo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el **mandato** es, en definitiva, **mero instrumento formal** en relación jurídica bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados", doctrina que se reproduce en la S 26 noviembre 1991.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 19-11-1994 (ED 1994/8825): "la **irrevocabilidad del mandato**, no obstante su normal esencia de revocable, es admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el **mandato** es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución y cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 27-1-2000 (ED 2000/276): Se produce **uso incorrecto del mandato en el supuesto de extralimitación en el ejercicio del mismo**, conforme al artículo 1714, pues las facultades concedidas a los mandatarios para realizar negocios jurídicos por cuenta de la mandante tienen su origen en la conforme declaración de voluntad que proviene del mismo, a la que deben de acomodarse y ajustarse, lo que no autoriza al mandatario a excederse para llevar a cabo negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y por tanto autorizados por quien otorgó el poder. **El exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo**, en el sentido de que el mandante puede considerarse ajeno a los mismos, los que carecen de validez y eficacia frente al principal, por no conformarse a su voluntad, respondiendo entonces el mandatario personalmente de las obligaciones que vino a contraer (artículos. 1101 y 1718 del C. Civil).

La extralimitación o no, ha de determinarse atendiendo no de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, lo que aplicado al caso que nos ocupa determina el rechazo del motivo.

SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Burgos de 08-02-1999 (ED 1999/4576):

En las relaciones que el mandatario mantiene con los terceros, este puede obrar en nombre propio (supuesto del artículo. 1717), o con un poder que no tiene, o extralimitándose de las facultades concedidas (artículo. 1727), o bien puede actuar con un poder cierto y legítimo, y dentro de las facultades del mismo. En el primer caso queda obligado personalmente el mandatario, en el segundo el mandante. y de la misma forma que cuando el mandante queda obligado por la actuación de su representante, no hace falta demandar a este último, tampoco hace falta dirigir la demanda contra el primero cuando su gestor obra con un poder que no tiene o se extralimita de las facultades concedidas. En este caso corresponder al mandatario aparente acreditar que obraba en virtud de un poder cierto y legítimo, pero para hacerlo no necesita pedir que se traiga a los autos a aquel en cuya representación actual, pues supondría cargar a este último con una prueba, la de la falta de existencia del poder, de muy difícil práctica por tratarse de un hecho negativo.

13.7. JURISPRUDENCIA DE MEXICO.

PODERES NOTARIALES. NO ACREDITAN LA PERSONALIDAD DEL PROMOVENTE CUANDO NO CONSTA EN ELLOS QUE QUIEN LOS OTORGA ESTA FACULTADO PARA DELEGARLOS. Cuando de los términos en que fue otorgado un poder, se desprende que es general para pleitos y cobranzas y actos de administración y de dominio en favor de quien, a su vez, lo otorga al promovente del amparo, pero no contiene autorización expresa para que aquél pueda delegarlo a terceras personas, requisito esencial para que pueda hacerse tal delegación, debe entenderse que es indelegable y, por lo tanto, no es apto para acreditar la personalidad de quien comparece al juicio en nombre y representación del agraviado. Amparo en revisión 2675/89.- Espacue Cosméticos, S. A. de C. V.-12 de junio de 1992.

REQUISITOS PARA ACREDITAR LA PERSONALIDAD EN LOS PODERES NOTARIALES. No basta que un notario público asistente en la escritura pública respectiva que con las relaciones e inserciones del caso se acreditaron la existencia y capacidad legal de la sociedad mandante y el carácter y facultades de su otorgante, toda vez que en toda escritura de mandato deben insertarse los documentos respectivos que demuestren el carácter de los que en ella intervinieron, a efecto de

saber cuál es el alcance y validez de la obligación, ya que nadie puede otorgar una representación de que carezca, ni constituir poder en nombre ajeno, sin facultad legal, sin que tengan valor alguno los que sin cumplir esos requisitos se otorgan para representar jurídicamente al supuesto mandante.

Amparo en revisión 120/89.-Valores Finamex, S.A.-Casa de bolsa.- 29 de mayo de 1989.

PERSONALIDAD EN EL AMPARO. SE ACREDITA CON EL TESTIMONIO NOTARIAL EN EL QUE SE RELACIONA EL JUSTIFICANTE DE LA PERSONALIDAD DEL OTORGANTE DEL PODER (LEGISLACION NOTARIAL DEL DISTRITO FEDERAL). Basta para la personalidad de quien promueve el juicio de amparo en representación de una persona colectiva, el testimonio notarial de la escritura pública en la que se le otorgó el poder y en la que no sólo se hace mención de la diversa escritura con la que justificó su personalidad ante el notario el otorgante del poder y del folio en que aparece inscrita en el Registro Público de Comercio, sobre todo si además se anexa testimonio en fotostática que ostenta el sello del notario en cada una de sus hojas, pues tal testimonio reúne los requisitos exigidos por los artículos 93 a 95 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y resulta suficiente para terminar con certeza que el otorgante del poder cuenta con facultades para ello. Amparo en revisión 1724/93.-Banco del Atlántico, S.A.-11 de abril de 1994.

MANDATO. INSERCIÓN DEL ARTICULO 2554 DEL CODIGO CIVIL EN LOS TESTIMONIOS DE LOS PODERES QUE OTORGUEN LOS NOTARIOS NO CONSTITUYEN UN REQUISITO FORMAL. Si bien es verdad que el artículo 2554 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en su última parte, dispone que los notarios insertarán el contenido de dicho precepto legal en los testimonios de los poderes que otorguen; no es menos cierto que tal inserción no puede constituir de ninguna manera un requisito formal para el contrato de mandato, cuya omisión traiga como consecuencia la nulidad del contrato, porque la ley no ordena que dicha inserción deba hacerse en el protocolo notarial, de donde se desprende que la tan citada inserción no puede constituir un requisito formal del mandato, sino que el legislador sólo ordenó que esa inserción se debería hacer en los testimonios de los poderes que expidan los notarios, y esto obedece a una finalidad publicitaria; esto es, para que las partes que vayan a contratar con el mandatario tengan pleno conocimiento de los alcances de las facultades que le han sido conferidas. Amparo directo 1861/71.-Banco Ganadero y Agrícola, S. A.- 10 de noviembre de 1972.

ES SUFICIENTE COPIA CERTIFICADA POR NOTARIO PUBLICO DE LA ESCRITURA DEL PODER PARA JUSTIFICAR LA PERSONALIDAD. De acuerdo a una interpretación sistemática y congruente de los preceptos de la Ley del Notariado del Estado de Puebla, en especial de sus artículos 135, 136, 138 y 140, las copias certificadas expedidas por notario, son documentos públicos que prueban la exactitud de la transcripción del documento a que se contrae y por tanto, hacen prueba plena si no fuere declarada judicialmente su falsedad, luego, si el actor en juicio para acreditar su personalidad anexó a su demanda copia certificada del poder notarial mediante el cual se le faculta para comparecer a juicio a ejercer los derechos de su mandante, esa copia es un documento público que prueba plenamente el hecho en él consignado, al no haber sido objetado en cuanto a su autenticidad y suficiente para acreditar la personalidad con la que comparece a juicio. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 315/93.-Seguros La Comercial, S.A.-8 de julio de 1993.

LEGITIMACION PROCESAL PARA INTENTAR LA ACCION CONSTITUCIONAL, SI AL QUEJOSO LE CONFIRIERON PODER NOTARIAL PARA GRAVAR UN INMUEBLE Y OBTENER CREDITOS ES INCUESTIONABLE QUE CON ESE PODER CARECE DE. La circunstancia de que la madre del quejoso le haya conferido poder notarial para gravar un determinado bien inmueble y obtener créditos, no lo faculta para que pueda promover en nombre de la propietaria de ese predio una servidumbre de paso y menos para intentar la acción constitucional en defensa de ese predio en el juicio relativo a la servidumbre por carecer de legitimación procesal. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 117/93.-Jaime Rodríguez Castellanos.-18 de marzo de 1993.

PODERES OTORGADOS ANTE NOTARIO EN PAIS EXTRANJERO. PARA SU VALIDEZ EN LA REPUBLICA MEXICANA, NO REQUIEREN LLEVAR INSERTO EL ARTICULO 2554 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. En términos del Protocolo Sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, del que México es parte, por haberlo suscrito el 7 de mayo de 1953, para que los poderes otorgados en un país extranjero surtan sus efectos en el territorio nacional, basta que se confieran con todas las facultades generales y especiales ante el notario del país que a su vez hubiera suscrito el referido Protocolo, sin que sea necesario insertar el texto del artículo 2554 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal, por constituir la excepción a la regla general, según el texto del

artículo cuarto, tercer párrafo de dicho Protocolo en el que se dispone: "En los poderes generales para pleitos, cobranzas o procedimientos administrativos o judiciales, bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial, conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación o restricción alguna. La disposición de este artículo tendrá el carácter de regla especial que prevalecerá sobre las reglas generales que en cualquier sentido estableciera la legislación del respectivo país." PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 286/91.-Salvador Carrillo Fernández y Ma. Fernández de Carrillo.-12 de noviembre de 1991.

MANDATO. LA COPIA CERTIFICADA NOTARIALMENTE NO ES SUFICIENTE PARA EJERCERLO. La copia del poder, certificada notarialmente, no es suficiente para ejercitar el mandato, toda vez que el apoderado designado en el mismo, sólo puede llevar a cabo los actos que se le encomienden exhibiendo el testimonio notarial respectivo, en términos de lo previsto en el artículo 127 de la Ley del Notariado del Estado de Puebla. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 82/89.-Salvador Padilla González.-27 de abril de 1989.

APODERADO. SI TIENE FACULTADES DE DOMINIO NO EXISTE TRASPASO DE LOS LIMITES DEL PODER. No existe traspaso de los límites del poder, cuando el apoderado tenga facultades de dominio, puesto que de acuerdo con el artículo 2554 tercer párrafo del Código Civil, el apoderado con este tipo de facultades, está autorizado, para realizar actos de disposición sobre los bienes sociales, como si fuera dueño. Amparo directo 4827/87.-Acabados Estrella, S. A., Tex-Print de México, S. A. e Inmobiliaria Jacobo, S. A.-28 de septiembre de 1987.

REGISTRO DE LOS PODERES. Resulta innecesario el definir si es o no de naturaleza mercantil el contrato base de la acción ejercitada para establecer la necesidad del registro del poder otorgado, pues dicho poder sea cual fuere la naturaleza de aquel contrato, cuando comprende la gestión de asuntos judiciales o administrativos, para representar al poderdante ante toda clase de autoridades, no refiriéndose a actos de administración, no necesita el registro para que produzca efectos contra tercero; de manera que al estimarlo así el Tribunal responsable, no comete las violaciones que en este aspecto se le atribuyen, conforme al criterio sustentado por esta Suprema Corte en la tesis relacionada visible a fojas 241 de la Compilación del Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Tomo

correspondiente al Pleno y a las Salas: "PODERES, REGISTRO DE LOS.- Los poderes que deben ser registrados para que surtan efectos jurídicos, son los generales, esto es, aquellos que se dan para toda clase de negocios del comerciante o sociedad mercantil, y en consecuencia, para actos de comercio; pero si el poder general se ejercita sólo para gestionar asuntos judiciales o administrativos, y para representar al poderdante ante toda clase de autoridades, no refiriéndose ya a actos de administración, su registro es innecesario". Amparo directo 5795/82.-La Federación.-9 de junio de 1983.

MANDATO. EL CODIGO CIVIL NO DISPONE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD. No hay disposición en el Código Civil que ordene que los contratos de mandato deban ser inscritos en el registro público de la propiedad; consecuentemente, si la ley no establece esa formalidad, la falta de registro en nada afecta su validez. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5680/90.-Marco Antonio Galindo Cervantes.-29 de noviembre de 1990.

PODER ESPECIAL PARA RENTAR, VENDER O NEGOCIAR UNA FINCA. FACULTADES QUE COMPRENDE. Un poder especial para rentar, vender o negociar una determinada finca, comprende la facultad para hipotecarla, si estima que esto es de mayor beneficio para el mandante que la venta misma, y porque la facultad de hipotecar queda comprendida en la genérica de negociar. Precedentes: Amparo directo 2608/59. José Hernández Sánchez. 17 de julio de 1960.

PODERES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO. NO ACREDITAN LA PERSONALIDAD DEL PROMOVENTE DEL AMPARO SI NO ESTAN LEGALIZADOS POR LAS AUTORIDADES MEXICANAS. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, los poderes otorgados fuera de la República, hecha salvedad de los que fueren otorgados ante cónsules mexicanos en el extranjero, una vez legalizados, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la ley. Por lo tanto, si un poder fue otorgado en el extranjero, ante autoridad distinta de un cónsul mexicano, para que surta sus efectos legales y, por consecuencia, resulte idóneo para justificar la personalidad en el Amparo en revisión 1960/91.-The Goodyear Tire and Rubber Company.-21 de septiembre de 1992.

PODERES. REPRESENTACION DE NUCLEOS EJIDALES PARA SU OTORGAMIENTO. El poder otorgado a nombre de un núcleo ejidal por el Presidente del Comisariado Ejidal del mismo y el Tesorero del Consejo de Vigilancia, no confiere la representación que se pretende, aunque constara en el documento la personalidad de los otorgantes o se acreditara ésta posteriormente, en virtud de que los otorgantes no constituyen el Comisariado Ejidal del poblado, al que integran tres miembros que desempeñan los cargos de presidente, secretario y tesorero, y al que corresponde la representación legítima del mismo. Amparo en revisión 5256/69.-Comisariado Ejidal del Poblado del Chepinque, Municipio de Ojo Caliente, Zac.-22 de julio de 1970.

PODER. SU EXTINCION POR MUERTE DEL MANDANTE. Una sana interpretación del artículo 2600 del Código Civil para el Distrito Federal, es en el sentido de que tal dispositivo representa un caso de excepción a la extinción del mandato por muerte del mandante, consignada y estatuida para casos de extrema necesidad, que por la importancia y urgencia que represente, se puedan causar daños a los herederos o a la sucesión, cuando no estén legalmente designados los órganos de ésta (albacea o interventor); pero eso no implica que no exista plazo o término para la extinción del mandato por fallecimiento del mandante, ya que, en oposición al más elemental principio de seguridad jurídica, podría llegarse al exceso de no denunciarse la sucesión y. por ende, ante la falta de existencia y representación legal de la misma, el mandatario continuaría actuando, sin ninguna limitación temporal, contraviniendo con ello, la naturaleza jurídica del contrato de mandato.

Tribunal Colegiado de Circuito.

PODERES EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO PARA ACREDITAR LA PERSONALIDAD DE UN MANDATARIO. ESTE DEBE PROBAR QUE SU PODER SE AJUSTA A LA LEY DEL PAIS EN QUE SE EXPIDIO. Cuando el poder que presenta el promovente del amparo para acreditar su personalidad como mandatario del quejoso, ha sido expedido en un país extranjero, el mandatario debe acreditar fehacientemente que su otorgamiento reúne todos los requisitos legales que al respecto fije el derecho positivo interno de dicho país, por aplicación de los principios de que la ley del lugar rige la forma del acto y de que el derecho extranjero, a diferencia del nacional, está sujeto a prueba. Por tanto, si el promovente no presenta ningún elemento de prueba apto para acreditar que el citado poder se otorgó y surte efectos con apego a las leyes que sobre la materia rijan en el país en que se expidió, no puede estimarse que haya acreditado debidamente la personalidad con que se ostenta. Amparo en revisión 2228/67.- Lancome, S. A.- 17 de octubre de 1968.

MANDATARIO. NO PUEDE TRANSMITIR LA FACULTAD DE SUSTITUIR EL PODER. Este tribunal considera que, conforme a una recta interpretación de los artículos 2574 y 2576 del Código Civil para el Distrito Federal, que establecen, el primero, que el mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño de un mandato, si fue expresamente facultado para ello, y el segundo, que el sustituto adquiere frente al mandante los mismos derechos y obligaciones que el sustituido, no puede concluirse que al operar esa sustitución, ipso facto, el mandatario sustituto adquiere la facultad de transferir la representación que se le ha conferido, en razón a que el mandato es un contrato que se funda en la confianza que el mandante deposita en el mandatario, que da lugar a la obligación de éste de ejecutar personalmente los actos para los cuales se le otorgó el poder, y que es la voluntad del mandante la que determina el alcance y amplitud del mandato, salvo en lo que pugne con las normas prohibitivas o de orden público, de manera que el apoderado sólo cuenta con las facultades que limitativamente se le han conferido en los términos del contrato o que deriven de la ley aplicable para suplir esa voluntad, y si bien es cierto que por virtud de la sustitución, el sustituto adquiere "los mismos derechos y obligaciones que el mandatario", en tanto éste requiere de autorización expresa en el contrato, para que pueda encomendar a un tercero la ejecución del mandato, y que ésta sólo puede otorgarla el poderdante, no hay razón para que se entienda conferida al tercero que llegue a tener la calidad de sustituto, si aquél no lo ha dispuesto en esos términos, lo que se explica en razón a la confianza que se tiene al mandatario original, de que habrá de seleccionar cuidadosamente a la persona que le suceda, confianza que no puede presumirse en relación al sustituto, al que posiblemente ni conozca el mandante.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 230/85.-Valente Arizabalo Sánchez.-31 de octubre de 1985.

REVOCACION DEL MANDATO. DEBE NOTIFICARSE FEHACIENTEMENTE AL MANDATARIO. Hecha una interpretación armónica del contenido de los artículos 2596, 2598, 2599 y 2604 del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que el tribunal de segundo grado concluyó correctamente al señalar que, si bien el mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, sin embargo, para que produzca efectos la revocación, siempre debe notificarse en forma fehaciente al mandatario, porque de lo contrario, el apoderado ignorante de la revocación, podría seguir ejecutando el mandato. En efecto, es pertinente tener en cuenta que el mandato supone necesariamente la confianza del mandante en el mandatario y el interés de aquél en que éste gestione su negocio; pero ambas situaciones pueden

terminarse, originando que el mandato se torne en perjudicial; caso en el cual la ley faculta al mandante para que dé fin a su mandato, cuando y como le parezca, creando así una excepción a la regla general que dispone que los contratos se disuelven por el mutuo consentimiento de las partes que en ellos intervienen; sin embargo, tal potestad de revocar necesariamente debe ser notificada en forma fehaciente al mandatario en todos los casos, pues de lo contrario el mandante se encontraría impedido para exigir la devolución de los instrumentos o escritos en que conste el mandato, y todos los documentos relativos al negocio o negocios que tuvo a su cargo el mandatario, exigencia ésta que establece la ley a efecto de que el citado mandante no incurra en responsabilidad de los daños que puedan resultar por esa causa a terceros de buena fe, además de que debe considerarse que la devolución del documento en que conste el mandato, resulta como una consecuencia del acto de revocación, porque a partir de ese momento ya no le es necesario al mandatario para demostrar sus facultades y, en cambio, puede transformarse, de conservar el documento en su poder, en un objeto de abuso que perjudique a su mandante o a terceras personas. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4235/91.-Gloria Silva de Martínez.-26 de noviembre de 1991.

MANDATO, EFECTOS DEL, DESPUES DE LA MUERTE DEL MANDANTE. El mandatario debe continuar en la administración hasta que los herederos provean por sí a los negocios, para lo cual debe pedir al juez que señale un término a fin de que éstos se presenten a encargarse de los mismos. Bajo ese orden de ideas en tanto los herederos no revoquen el mandato ni se presenten a encargarse de los negocios, el mandatario cuenta con poder suficiente para representar en juicio a su mandante, independientemente de que éste haya fallecido. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 547/90.-Saúl Olguín Rodríguez.-15 de noviembre de 1990.

MANDATO. A LA MUERTE DEL MANDATARIO, SUS HEREDEROS DEBEN REALIZAR LAS GESTIONES DEL CARGO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 2523 del Código Civil del Estado de Jalisco, dispone que: "Si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio". La obligación que engendra el precepto es para los herederos de éste, los que deben realizar las diligencias indispensables mientras que el mandante decida si otorga otro poder o atiende sus negocios

personalmente. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 476/90.-J. Refugio Lechuga Avila.-13 de septiembre de 1990.

MANDATO. NO ES NECESARIA SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO.

No hay disposición legal que ordene que los contratos de mandato deban ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad; consecuentemente, si la ley no establece esa formalidad, la falta de registro en nada mengua su valor. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Queja 11/89.-Blanca María Sierra García de Díaz.-9 de mayo de 1989.

MANDATO. DESIGNACION DE VARIOS APODERADOS SIN EXPRESARSE SI DEBEN OBRAR CONJUNTA O SEPARADAMENTE.

Si de las constancias del juicio laboral se desprende que un sindicato otorgó poder a favor de tres abogados para que intervinieran en su nombre en el juicio de trabajo promovido por un trabajador en contra de la organización sindical, aunque sea cierto que en dicho mandato no se haga mención de que el poder se otorga para que los designados actúen separadamente, esa omisión no resta facultades a cada uno de los apoderados para comparecer al juicio en defensa de su poderdante, pues nada conduce a pensar, que la intención del sindicato fuera que la representación se ejercitara en conjunto y que faltando uno de ellos, los demás quedaban despojados de penalidad, dado que si esa hubiera sido la voluntad del otorgante, sí sería indispensable haberlo consignado en el documento. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 210/87.-Lorenzo Montelongo Vaquera.-16 octubre de 1987.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.

1.- Se ha comprobado que la evolución histórica del mandato y poder se relaciona directa y significativamente con la protección del Principio de autonomía de la voluntad. Es decir, cada vez hay mayor protección al Principio de autonomía de la voluntad. En Roma, se regulaba en función exclusiva del mandante, con indiferencia del mandatario, solo es entendible el mandato romano, en función a la actuación del pater familia. Con el tiempo, las diversas teorías han ido reconociendo la importancia de tutelar la autonomía de la voluntad de todos los actores del Mandato y Poder.

2.- El tipo de teoría que utiliza el legislador otorga tutela jurídica a quienes celebran actos mediante el mandato y la representación. Las teorías en un primer momento enfatizaron en dar protección al mandante, representado, poderdante; posteriormente se postularon teorías que tendían su manto protector al mandatario, representante, o apoderado. Las teorías consagradas en los principales Códigos Civiles, tutelan jurídicamente al mandante, mandatario, representado, representante, poderdante, apoderado, y a los terceros. No obstante, analizando en una dimensión dinámica de las relaciones jurídicas, el Estado Constitucional del Derecho está en la línea de privilegiar la tutela del tercero que actúa de buena fe y onerosamente, porque está se condice con la Seguridad Jurídica Dinámica.

3.- La tutela Constitucional del poder y mandato se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad. Habrá mayor tutela, cuando mas seguridad jurídica y libertad se consagre en la regulación constitucional del poder y mandato.

4.- La protección en Tratados y Convenciones Internacionales del poder y mandato se relaciona directa y significativamente con la “Positive comity”. Los paradigmas de la ciencia han variado radicalmente, en el Derecho se vivencia con mayor intensidad en el orden internacional. La autonomía, la libertad con seguridad jurídica, implícita en la “Positive comity”, permite proteger al mandato y poder.

5.- Esta comprobado que los fundamentos que establece la doctrina para que por medio de la representación se permita celebrar actos jurídicos relacionados entre el representante y tercero, se relaciona directa y significativamente con la ley y la autonomía de la voluntad. Los fundamentos de la representación, y el poder son la ley y la autonomía de la voluntad; y del mandato la autonomía de la voluntad.

6.- Se ha verificado que la autonomía privada en las relaciones jurídicas voluntarias de los poderes se relaciona directa y significativamente con la seguridad jurídica. La autonomía privada, o autonomía de la voluntad, es un Principio matriz del Derecho Privado occidental, y como tal, norma fundamental. La seguridad jurídica es mayor, cuando se tutela con mayor amplitud y profundidad la autonomía privada.

7.- Esta comprobado que la tutela de la autonomía privada en las relaciones jurídicas de los mandatos se relaciona directa y significativamente con la seguridad jurídica. El ordenamiento jurídico, mientras tutele con mayor amplitud y celo, la autonomía privada habrá mayor seguridad jurídica.

8.- Se ha verificado que la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Nacional, se relaciona directa y significativamente con los Principios de seguridad jurídica y libertad. Para la doctrina del jurista español Peces Barba, cuatro principios, constituyen en realidad macro principios, sobre los cuales, básicamente reposa la constitucionalidad de las normas constitucionales, y estos son además de los mencionados el de igualdad y solidaridad. Considera el investigador, que el principio de solidaridad esta presente en la cooperación, concepto implícito en el mandato y poder (como demuestra el jurista peruano José ITURRIAGA ROMERO), y la igualdad esta presente cuando el ordenamiento tutela de manera similar tanto la voluntad del poderdante, el apoderado, y del tercero. La regulación jurídica se relaciona con los principios de seguridad jurídica, toda vez que podría un ordenamiento adscribirse a la Seguridad Dinámica, o Estática.

Considera el investigador que el orden constitucional peruano, se alinea con el primer tipo de seguridad, y el legal predominantemente también se adscribe a la seguridad dinámica, en función a tutelar priorizando la mayor circulación de bienes en armonía con la Economía de Mercado. Y la libertad, entendido como el ámbito de desenvolvimiento que el legislador otorga, permite, a los sujetos de derecho; el ordenamiento jurídico peruano tutela la Libertad, en su mayor amplitud, siguiendo la característica del Derecho Occidental Moderno.

9.- Se ha demostrado que la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Pluralismo Jurídico Nacional, no se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad. No existe en el mundo una legislación a nivel o similar a un Código de Pluralismo Jurídico, y la reflexión sobre estos temas esta en sus inicios, por lo tanto la regulación jurídica no es sistemática y orgánica, verificamos legislación dispersa y al no responder a la racionalidad de las comunidades campesinas y nativas, innecesariamente se introducen elementos de inseguridad jurídica. La libertad, es una dimensión no tutelada por el pluralismo jurídico peruano, pues se entiende la juridicidad no en términos autóctonos, y por lo tanto auténticos, sino del Derecho Moderno Occidental.

10.- Se ha comprobado que la regulación jurídica de los poderes y mandatos en el Derecho Positivo Comparado (Legislación y doctrina), se relaciona relativa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Libertad. Y esta realidad es por los estándares del Derecho Occidental a los cuales se alinean las legislaciones.

11.- Se ha demostrado que los principios constitucionales que asume la jurisprudencia nacional en los poderes y mandatos, no se relaciona directa y significativamente con el Estado Constitucional de Derecho. La vinculación del nivel constitucional con el legal en nuestra jurisprudencia relativa al Derecho privado (Civil, Comercial), no ha sido materia de construcción, a diferencia del área vinculada al derecho penal que por su íntima vinculación a los derechos fundamentales (Constitucional y Derechos Humanos), ha sido materia de desarrollo jurisprudencial. En la línea de pensamiento de Peces Barba, los principios constitucionales que tienen presencia estelar son los de Libertad, Igualdad, Solidaridad, y Seguridad Jurídica; y sobre estos principios vinculados a los mandatos y poderes, desconocemos pronunciamientos jurisprudenciales de la

Corte Suprema, así como pronunciamientos de fondo en segunda instancia del Tribunal Registral. Por otro lado, la economía social de mercado (régimen consagrado por nuestra constitución vigente), se caracteriza por la propensión a la mayor concurrencia de relaciones económicas, y esta propensión a concretizar las relaciones económicas en su dimensión jurídica, se expresa cuando tutela, asume, la seguridad dinámica, cuestión que ocurre pero no significativamente.

12.- Se ha comprobado que los principios constitucionales que asume la jurisprudencia comparada en los poderes y mandatos, no se relaciona directa y significativamente con el Estado Constitucional de Derecho. En la doctrina civilista, o más genéricamente expresado privatista, y la constitucionalista, son escasos los estudios de relacionar el nivel de análisis Constitucional, y su vinculación con el Derecho Privado, y eso se refleja también en la jurisprudencia.

RECOMENDACIONES.

ASPECTOS GENERALES

1.- El mandato y poder, son figuras jurídicas que tiene características específicas, que lo diferencian de otras clases de actos jurídicos, por lo cual se justifican como instituciones jurídicas autónomas.

2.- Hemos visto durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, que las figuras del mandato y poder, surge desde tiempos remotos de las calendas romanas, con características totalmente diferentes a las que conocemos ahora. Los antecedentes con los que contamos demuestran que estas figuras jurídicas tuvieron un desarrollo de acuerdo con el momento histórico en el que se necesitaba. No fue sino paulatinamente que tomaron los matices actuales. De manera que todos los elementos con los que cuenta actualmente son producto de las necesidades que surgían a medida que pasaba el tiempo. Por lo tanto, la legislación vigente debería adecuarse a los paradigmas de la ciencia jurídica, y las necesidades actuales.

3.- La regulación de las figuras del mandato y poder, se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico. No se encuentra una regulación sistemática y orgánica, aun cuando la idea es que una "Teoría General" del mandato y poder, debería estar regulado en una Ley Especial, porque las normas del Libro de Acto Jurídico, y de Fuente de las Obligaciones, del Código Civil, se encuentran

rebasadas por la realidad.

4.- Consideramos que las diferencias existentes entre las legislaciones estudiadas respecto al mandato y poder, son respecto a cuestiones de forma, mas no de fondo, porqué todas regulan el actuar por otro, basados en la cooperación jurídica, en función al principio de solidaridad. Respondemos básicamente a una misma tradición jurídica: Romano-Germánico. En algunas áreas del Derecho en particular, la similitud es mayor, así las normas básicas que rigen al notariado son prácticamente las mismas pues responden al Notariado Latino; de manera que la Ley del Notariado conserva estos elementos en forma inherente al notariado. Aspectos básicos como los instrumentos en que se apoya la función notarial no han sido transformados en gran medida, siendo la Escritura Pública un baluarte de la Seguridad Jurídica.

ASPECTO CONSTITUCIONAL:

5.- La Constitución de 1993, no contempla una regulación expresa del Principio de la Autonomía de la Voluntad, como un Derecho Fundamental, similar a la regulación del Principio de Legalidad, eje matriz, rector del Derecho Penal. Debería consagrar normas referentes a la Seguridad Jurídica Dinámica, y del Principio de Solidaridad.

6.- Las figuras del mandato y poder, no sólo son expresiones del Derecho Positivo, se presentan también en el Pluralismo Jurídico. Si bien, a nivel “macro” se encuentra regulada de manera general en el Art. 149º de la Constitución, vía interpretativa o legislativa se deberían desarrollar, atendiendo a que el fenómeno existe en la realidad fáctica. EL mandato y poder, se presenta en el Pluralismo Jurídico a nivel “micro”, en el que – hacer cotidiano de las Comunidades Campesinas y Nativas.

7.- La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a desconocido la rica tradición del Notariado Latino, como signo inequívoco al cual se adscribe nuestro Derecho Notarial Positivo, y que este sistema inspira a naciones de origen latino, en su regulación jurídica en los aspectos de forma del mandato y poder, que tienen que ver con otorgar seguridad jurídica.

ASPECTO CIVIL

8.- Es un acierto que el Código Civil haya incluido un título especial dedicado a la representación dentro del libro II dedicado al Acto Jurídico, lugar que le corresponde, es decir con mejor técnica legislativa que sus precedentes. Asimismo debe procurar el legislador nacional en que el ordenamiento jurídico a través de sus demás artículos conexos de este cuerpo de leyes, donde se configuran aspectos de la representación guarde correspondencia, evitando duplicidades legislativas, y regulaciones encontradas.

9.- Los diversos Proyecto de reforma del Código civil, alcanzados a la opinión pública se limitan a aclarar aspectos de redacción de defectuosa, mas no a incorporar una regulación que atienda a los paradigmas científicos vigentes.

10.- No existe norma legal sustantiva alguna que disponga la formalidad de los mandatos y poderes para toda clase de actos jurídicos, según la cuantía y materia, debería haber sido en sus aspectos generales en el Código civil, o en todo caso incluida en la Decreto Legislativo 1049, que regula aspectos Notariales, o en su Reglamento. Es conveniente que la legislación norme sobre la formalidad de ciertos poderes, condicionándolos a una escala de cuantías, de acuerdo a la importancia del acto encomendado.

11.- En nuestro ordenamiento jurídico no se exige mayores formalidades para el otorgamiento de Mandato y Poder. En Derecho Comparado, se exige ciertas formalidades Se entiende que dicha formalidad se cumple implícitamente en caso de Representación Judicial, por cuanto es el Juez quien lo otorga; casi similar ocurre en la Legal. Sin embargo, en la Voluntaria se actúa a nivel jurisdiccional sin mayores exigencias de formalidad. En el sector privado, sin embargo, para actuar el representante debe acreditar no sólo poder por Escritura Publica sino además que esta se encuentre inscrita en Registros Públicos, y el representante adicionalmente deberá presentar Certificado de Vigencia de Poder otorgado por Registros Públicos; sobretodo esta forma de proceder se exige cuando hay disposición de bienes inmuebles prediales, en general la base legal en que se amparan es el Art. 156º del C.C.

ASPECTO COMERCIAL

12.- La LGS, y el Código de Comercio no contemplan expresamente la Representación Comercial o Mercantil. Sin embargo como enseña la más reputada doctrina nacional, e internacional, está se encuentra contemplada en diversos artículos de la LGS, Código de Comercio, Reglamento de Registro de Sociedades. Sin embargo, no se encuentra una regulación sistemática de la representación, aún cuando la idea es que una Teoría General de la Representación deba estar regulado en una Ley Especial, o en el Código Civil.

13.- Los aspectos innovadores de la LGS, en cuanto a la Representación Comercial, no han tenido su expresión práctica, está a quedado como expresión lírica.

ASPECTO PROCESAL CIVIL

14.- El Código Procesal Civil contempla dispersamente la representación Judicial. Como enseña la doctrina nacional, e internacional, de mayor predicamento; está se debe interpretar sistemáticamente y relacionada a la Constitución, y el Código Civil.

15.- Debe expresamente prohibirse la figura del “testaferro” y otras formas de cooperación y de representación ocultas con fines ilícitos, y establecerse severas sanciones indemnizatorias.

ASPECTO NOTARIAL:

16.- Es importante la presencia del Notariado Latino en nuestro país, durante su desarrollo, las funciones notariales adquirieron elementos que contribuyen actualmente a otorgar seguridad jurídica. En un principio, el antecedente del notario que conocemos ahora, no tenía la facultad de la fe pública, por lo que los actos en los que intervenían no eran oponibles a terceros, de manera que eran simplemente unos redactadores de escrituras, las cuales carecían de valor jurídico. Por lo antes mencionado, llegamos a la conclusión de que el Derecho Notarial es una rama del derecho que se ha fortalecido con el paso del tiempo.

17.- Quedó demostrada la necesidad de la existencia de la institución notarial, como un instrumento encargado de otorgar seguridad jurídica a quienes busquen este beneficio. De igual forma se demostró que el notario no es un simple fedatario público, sino que realiza las labores de un verdadero asesor jurídico y que debe actuar en todo momento apegado a las normas legales y con una actitud completamente imparcial. El Notario, debe dar Fe Pública de Identidad en el ejercicio de su función notarial, la Fe Pública de Conocimiento no debe ser una exigencia legal al ejercicio profesional del Notario, es una quimera.

ASPECTO REGISTRAL

18.- Los cambios operados generan confusión, inestabilidad e inseguridad jurídica. Existen problemas normativos que tienen que ver con la forma precipitada como se vienen aprobando las Leyes, claro ejemplo es Reglamento de Registros Públicos. Es imperativo una Reingeniería normativa: Lo primero es la concordancia de la Legislación, exige un paciente trabajo, para evitar contradicciones y vacíos que se observan. En tal sentido lo ideal debe ser la dación de un Texto Normativo tipo Código.

19.- Es necesario definir el sistema registral que consagra el Código Civil, y las Leyes registrales, respecto al Registro de Personas Naturales, Libro de Mandatos y Poderes, asimismo al Registro de Personas Jurídicas, Libro de Mandatos.

20.- Teniendo en cuenta al momento histórico en que vivimos, debe procurarse establecer mecanismos semejantes que otorguen seguridad a los Título, de tal manera que resulten eficaces, para con ello evitar su inutilidad; y a su vez que terceras personas aprovechen de mala fe los resquicios que ofrece el Sistema Registral. Establecer un sistema único.

ANEXOS

PROYECTOS DE LEY N° 0001/2011 CR.

Proponente: Pedro Abraham VALDIVIA DEXTRE.

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTOS

El Código Civil, es parte importante del sistema jurídico peruano, debe adoptar medidas en procura de tutelar los intereses de las partes de las relaciones jurídicas patrimoniales, y personales, además de los terceros de buena fe y a título oneroso. Constituye la idea matriz del fundamento la propuesta de reforma.

2. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de ley no genera ningún costo económico ni tiene repercusión de índole económica que pueda afectar al presupuesto del Tesoro Público; por el contrario, trae como beneficio crear un marco jurídico constitucional adecuado para una mejor actuación y trabajo de los operadores jurídicos.

3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La presente iniciativa legal propone modificar los siguientes artículos: 47°, 148°, 150°, 153°, 156°, 157°, 158°, 161°, 162°, 1790°, 1791°, 1790°, 1795°, 1800°, 1801°, 1805°, y 1809°, del Código Civil, a efectos de establecer en forma clara e inequívoca un sistema de seguridad jurídica dinámica de poder y mandato.

FORMULA LEGAL

Por lo expuesto se somete a estudio y consideración el siguiente texto legal:

Por cuanto:

PROYECTO DE LEY PARA ESTABLECER EL MANDATO Y LA REPRESENTACION DENTRO DE UN SISTEMA DE ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE REFORMA LA REPRESENTACION Y EL MANDATO

Artículo 1 °.- Modificaciones al Código Civil

Modifícase los artículos 148°, 150°, 153°, 156°, 158°, y 162 del Código Civil, con los siguientes textos:

RESPONSABILIDAD EN LA REPRESENTACIÓN CONJUNTA DE LOS REPRESENTANTES

“Artículo 148.- En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado”.

Exposición de Motivos:

Los fundamentos de la modificación obedecen a las razones siguientes. 1) El texto actual establece la solidaridad cuando son “dos o más los representantes”, lo que conceptualmente es una imprecisión, por cuanto en los supuestos en que la representación es sucesiva o indistinta los representantes actúan independientemente uno de otro. Es decir, el presupuesto de la norma en vigencia es sólo cuando los diversos representantes hayan sido designados conjuntamente como tales. La pluralidad de representantes, no sólo surge a través de un poder otorgado en un mismo acto de apoderamiento a varios representantes, es posible teóricamente que los diversos representantes hayan sido designados como tales a través de diversos actos de apoderamiento independientes unos de otros entre sí. Por lo tanto, la solidaridad solamente se justifica cuando los representantes son conjuntos. 2) No se justifica que el actual requisito de la representación conjunta se haya otorgado “por acto único”, pues los representantes conjuntos pueden haber sido designados en actos separados. 3) El requisito de interés común es innecesario.

REVOCACIÓN EN PODER CONJUNTO

“Artículo 150.- En el poder otorgado por varias personas, la revocación deberá realizarse por todos. No obstante, si alguno de los poderdantes, revocara el poder será eficaz sólo para él y deberá indemnizar por los daños que el incumplimiento de la estipulación cause a los demás representados”.

Exposición de Motivos:

El cambio propone: Consolidar cuál es el propósito para el cual se extiende el poder. Además que la norma actual omite absurdamente precisar que la comunidad de interés debe ser entre los representados. Se facilita la revocación del poder, evitar salvar obstáculos, o requisitos para que opere la revocación en poder conjunto.

PODER IRREVOCABLE

“Artículo 153.- La irrevocabilidad del poder se otorga cuando concorra un interés tutelable, distinto al del representado, en la acto jurídico respectivo. Si el poder se encuentra inscrito en Registros Públicos, esta calidad de irrevocable debe reproducirse en el texto del asiento respectivo, bajo responsabilidad del Registrador Público”

Exposición de Motivos:

El artículo vigente consagra la irrevocabilidad del poder en cuatro supuestos, cuando se otorgue el poder: 1) Para realizar un acto especial, 2) Por un tiempo limitado, 3) En interés común del representado y del representante, y 4) En interés de un tercero.

La propuesta responde a las siguientes razones: Exigir que la estipulación de irrevocabilidad conste clara y explícita, para evitar generar interpretaciones diversas y variadas, por excesos en la interpretación. Asimismo suprimir la exigencia del plazo máximo de irrevocabilidad, de un año, por cuanto establecer plazo limita en la dimensión temporal la autonomía privada del poderdante.

Desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad, principio rector del Derecho Privado, la revocabilidad es un elemento estructural esencial del poder, y si bien la revocabilidad del poder es principio general del Acto Jurídico, dado que el representante puede retirarse por si solo de la relación representativa, a través de lo que en doctrina se conoce como la “renuncia”, es sustentable que el representado tenga la misma facultad, de “revocar”.

Si bien, por estabilidad de la relación, el representante debe realizar ciertos actos antes de abandonar definitivamente la relación representativa, al efecto el artículo 154 del C. C, dispone que el representante debe continuar con la representación hasta su reemplazo (salvo justa causa), y que en todo caso el representante podrá dejar de ser tal después de 30 días (más el término de distancia) de haber notificado a su representado su renuncia.

Desde el derecho romano, se acepta la revocación del poder, y en nuestra tradición jurídica, del Derecho Occidental, la doctrina acoge mayoritariamente, siendo en el Perú los que se alinean a esa corriente doctrinal los maestros sanmarquinos Angel Gustavo CORNEJO, y Anibal Torres Vasquez.

PODER PARA DISPONER, GRAVAR, Y CANCELAR

“Artículo 156.- Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma expresa y por escritura publica; en tanto que para cancelar o levantar gravamen del representado, se requiere que la facultad de representación conste de manera general y por documento de fecha cierta, bajo responsabilidad funcional del Registrador Público. El acto de disponer, gravar, o cancelar gravamen, celebrado en contravención de lo establecido, es anulable respecto del representado”.

Exposición de Motivos:

El Notariado Latino, al cual se adscribe el Derecho Positivo Notarial peruano, tiene entre sus muchas bondades la seguridad que otorga el instrumento protocolar por, la escritura publica. Por ello, es pertinente rodear a los actos de disposición (compraventa, por excelencia) de la mayor seguridad jurídica. La propuesta de reforma de este artículo 156, postula la sanción de anulabilidad (para tener coherencia nos llevar, a postular que el Artículo 161º, consagre la sanción no de ineficacia, sino también de anulabilidad). En cuanto a la cancelación o levantamiento de gravamen, el documento pertinente es el documento de fecha cierta (instrumento notarial extra protocolar).

SUSTITUCIÓN Y DELEGACIÓN

“Artículo 158.- Por la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa sustituto. La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado. La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable. El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto. Si el representado concedió la facultad de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección.

El representante puede delegar todas o parte de sus facultades cuando tiene facultad expresa, y es directamente responsable ante al representado por la elección del delegado y por los actos que éste celebre o ejecute. La delegación no supone la extinción de las facultades del representante.

Exposición de Motivos:

Sabemos, que el artículo 158 del Código Civil vigente regula el tema de la responsabilidad del representante en la sustitución, de manera apretada, pero solvente. Se propone regular de manera clara y explícita. Destacando que conforme a lo dispuesto por los artículos 1373 y 1374 del propio Código, toda declaración contractual se considera eficaz en el momento en que llega a conocimiento del destinatario, presumiéndose dicho conocimiento en el momento de su recepción, asimismo si bien es cierto que la norma actual sólo hace mención de la culpa inexcusable; se precisa con referencia expresa al dolo, más allá que el artículo 1321 del Código Civil designa al actuar doloso idénticas consecuencias que al actuar culposo, ello para ganar en claridad. La delegación se regula en términos que lo concibe la doctrina.

RATIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO POR EL REPRESENTADO

“Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración. La ratificación no tiene efecto retroactivo, sino desde el momento en que se comunica representante, quedando a salvo el derecho de tercero.

El que actúa como representante sin serlo o con facultades insuficientes y el tercero que hubieran celebrado el acto jurídico, no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su celebración al representado, quien podrá ratificarlo dentro de los treinta días de haber sido informado del acto mediante comunicación de fecha cierta. Si no lo ratificara, podrá exigir al tercero y al representante indemnización por los daños causados y, cuando corresponda, la restitución de la prestación.

La facultad de ratificar se trasmite a los herederos y **caduca para ellos al año de celebrado el acto.**

Exposición de Motivos:

El primer párrafo propone la sustitución de la palabra “*forma*” por la expresión “*formalidad*”. El segundo párrafo propone que la ratificación no tiene efecto retroactivo, sino surte efectos recién a partir del momento en que se efectúa; vale decir, desde que es comunicada al apoderado o el representante.

En el tercer párrafo se propone que aquel que actuó como representante sin serlo o excediendo sus facultades, no puede dejar sin efecto el acto sin antes informar al representado para que éste decida si lo ratifica o no. Es decir, si alguien hizo algo que no debía y trata de enmendarlo, no puede hacerlo sin avisar primero al representado. El efecto del acto, mientras tanto, queda en el limbo, en el ámbito de lo susceptible de ser ratificado.

Por último, el cuarto párrafo, reproduce el texto actual, adicionando el plazo de caducidad de un año para que los herederos puedan ratificar el acto celebrado.

Artículo 2°.- Incorporación al Código Civil.

Incorporase en los artículos 47°, 157°, 161°, 1790°, 1791°, 1790°, 1795°, 1800°, 1801°, 1805°, y 1809°, al Código Civil, con los siguientes textos:

REPRESENTANTE O MANDATARIO DEL AUSENTE

“Artículo 47.- Nombramiento de curador por desaparición

”Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público.

Estableciendo como obligaciones principales del representante o mandatario del Ausente, las siguientes:

- 1. La pesquisa, búsqueda, de la persona del ausente.**
- 2. La conservación, protección, y administración de sus bienes.**
- 3. El cumplimiento de las obligaciones del ausente.**

Sin necesidad que las mismas se encuentren efectivamente otorgadas en vida por el ausente, y no siendo necesarias su inscripción en el registro público.

En caso de que el representante hubiera conocido la existencia del ausente o impidiera toda pesquisa sobre su persona y el ausente apareciera, el representante tiene que devolver los frutos percibidos por concepto de remuneración”

Exposición de Motivos:

El Código tiene una vocación humanista, es razonable en coherencia con ello, que además de los aspectos patrimoniales, reciba del ordenamiento legal la tutela de aspectos personales, conforme además con la regulación del Derecho Comparado, legislación española y Argentina.

CARÁCTER PERSONAL DE LA REPRESENTACIÓN

“**Artículo 157.-** El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución **o delegación**”

Exposición de Motivos:

Teniendo como principio rector la autonomía de la voluntad, se regula la posibilidad de la delegación, admitida por la práctica y por la doctrina.

ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO POR EXCEDER LAS FACULTADES

“**Artículo 161.-** El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es **anulable** con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es **anulable** ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Exposición de Motivos:

En concordancia con la sanción establecida en el artículo 156º, se establece precisar que la sanción no es de ineficaz, sino de anulabilidad.

DEFINICIÓN DE MANDATO

“**Artículo 1790.-**

Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante, **o de un tercero**”.

Exposición de Motivos:

El mandato, permite al mandatario actuar en nombre propio, en interés del mandante, o de un tercero. Un sistema de seguridad dinámica, sobretodo tutela al tercero que actúa de buena fe y a título oneroso.

PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD

“**Artículo 1791.-** El mandato se presume oneroso. Si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre la base de las tarifas del oficio o profesión del mandatario; a falta de éstas, por los usos; y, a falta de unas y otros, por el juez. **Dado que es oneroso, si la contraprestación no ha sido acordado, el contrato es nulo**”

Exposición de Motivos:

El precio es elemento esencial en éste y otros contratos onerosos. Su omisión debe producir necesariamente la nulidad del contrato. Que no se haya fijado el monto, no implica que no se haya acordado la contraprestación.

PLURALIDAD DE MANDATARIOS

“Artículo 1795.- Si son varios los mandatarios y están obligados a actuar conjuntamente, su responsabilidad es **indivisible y** solidaria.

Si el mandato fuese sucesivo o alternativo, la responsabilidad será mancomunada”.

Exposición de Motivos:

A la responsabilidad solidaria, agregamos además la indivisible, pues esta fórmula es más beneficiosa para los perjudicados.

PLURALIDAD DE MANDANTES

“Artículo 1800.- Si son varios los mandantes, sus obligaciones frente al mandatario son **indivisibles y** solidarias.

Exposición de Motivos:

La propuesta eliminaría del texto original “mandatario común”, toda vez que podría presentarse un supuesto de pluralidad de mandatarios, por lo cual sería más apropiado emplear el término de “mandatario”. La obligación indivisible y solidaria, brinda mayor seguridad a la parte perjudicada.

CAUSALES DE EXTINCIÓN

“Artículo 1801.- El mandato se extingue por:

1.- Ejecución total del mandato.

2.- Vencimiento del plazo del contrato.

3.- Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.

4. Por revocación del mandante. En caso de ser oneroso el mandato, el mandante que lo resuelva unilateralmente, deberá satisfacer el integro de la prestación debida, a menos que existan conductas del mandatario que hayan provocado dicho desistimiento”

Exposición de Motivos:

Introducimos la causal de extinción del mandato por revocatoria por parte del mandante, toda vez que el mandato se basa en la confianza, del mandante con el mandatario, si se pierde carecería de continuar con la relación. Dado la relación contractual, con presencia de prestación y contraprestación, está a salvo el derecho del mandatario a percibir la contraprestación acordada, en caso de una relación onerosa, y si no hubiese razones imputables al mandatario para concluir el contrato.

EXTINCIÓN DEL MANDATO CONJUNTO

“Artículo 1805.- Cuando hubiera varios mandatarios con la obligación de actuar conjuntamente, el mandato se extingue para todos aun cuando la causa de la extinción concierna a uno solo de los mandatarios, salvo pacto en contrario. **La responsabilidad es indivisible y solidaria”.**

Exposición de Motivos:

Siendo una obligación con pluralidad de sujetos, la responsabilidad civil deberá ser indivisible y solidaria, en resguardo de los intereses del mandante.

DEFINICIÓN MANDATO SIN REPRESENTACIÓN

“Artículo 1809.- El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato, **incluso cuando lo haya tenido por parte del mandatario”**

Exposición de Motivos:

La adición se fundamenta en establecer un mayor énfasis al carácter específico del mandato sin representación, conforme enseña la doctrina.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Vigencia de mandatos y representaciones preexistentes

Las figuras de mandatos y representaciones constituidas con anterioridad a la presente ley mantienen su vigencia y plenos efectos.

SEGUNDA.- Disposición derogatoria

Deróganse los artículos que se opongan a la presente Ley.

TERCERA.- Vigencia

La presente ley entra en vigencia el día ____ de ____ del año ____ Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los del mes de ... del 2011.

PROYECTOS DE LEY REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES N° 0002 /2010 CR.

Propone modificar el Capítulo del Título IV de la Constitución, referente a la .

Proponente: Pedro Valdivia Dextre

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTOS.

La constitución es base fundamental del ordenamiento jurídico, y debe consagrar el Principio de Autonomía Privada, o Autonomía de la Voluntad, principio matriz del Derecho Privado, especialmente Civil, y Comercial. La importancia de este principio, es similar al de Legalidad, que inspira al Derecho Penal.

2. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de reforma constitucional no genera ningún costo económico ni tiene repercusión de índole económica que pueda afectar al presupuesto del Tesoro Público; por el contrario, trae como beneficio crear un marco jurídico constitucional adecuado para una mejor actuación y trabajo de los operadores jurídicos.

3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La presente reforma propone modificar los siguientes artículos: 2°, y 162°, de la Constitución, a efectos de establecer en el base del ordenamiento jurídico, un sistema de seguridad jurídica dinámica, que propenda a la mayor circulación de bienes, con lo cual se procura el bienes de la ciudadanía, en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

4. FORMULA LEGAL

Por lo expuesto se somete a estudio y consideración el siguiente texto legal:

Por cuanto:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguientes:

PROYECTO**QUE PROPONE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Artículo 1°.- Incorporación del numeral 24 al artículo 2° de la Constitución, con los siguientes textos:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

24.- A la autonomía privada de la voluntad, en el ejercicio de sus derechos disponibles”.

Artículo 2°.- Modifícase el artículo 62°, de la Constitución, con el siguiente texto:

“Artículo 62.- Principios que regulan la relación económica

En la relación económica se respetan los siguientes principios:

1. Seguridad Jurídica.
2. Libertad.
3. Igualdad.
4. Solidaridad.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- La presente ley entra en vigencia el día ____ de ____ del año ____

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los del mes de ... del 2011.

BIBLIOGRAFIA

ALTERINI, Atilio Anibal.

1993 "La Inseguridad Jurídica"
Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.

ALSINA, Hugo,

1942-1963 "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial"
Buenos Aires. EDIAR. T. I y II.

ALZAMORA VALDEZ, Mario,

1959 "Derecho procesal civil. Teoría general del proceso"
Lima. Imprenta de Colegio Militar Leoncio Prado.

ALBADALEJO, Manuel

1983 "Curso de Derecho Civil Español I. Introducción y Parte General".
Barcelona. Librería Bosch. 3ª Edición.

1979 "Derecho Civil".
Barcelona. Librería Bosch. Tomo II. Volumen Segundo, Segunda Edición.

1958 "El Negocio Jurídico".
Barcelona. Librería Bosch.

1958-A "La Representación".
Madrid. Anuario de Derecho Civil, Torno XI. Fascículo 3.

ARGUEDAS, Jose Maria.

1989 "Indios, Mestizos y Señores".
Lima. Editorial Horizonte.

1968 "Las Comunidades de España y del Perú"
Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2003 "Problemas del Proceso Civil".
Lima Jurista Editores.

ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX.

1995 "Exegesis del código civil de 1984". "los derechos reales de
garantía". Tomo IV.
Lima. Editorial Gaceta Jurídica.

1991-A "Luces y Sombras del Código Civil"
Lima. Librería Studium. Tomo I.

1991-B "Luces y Sombras del Código Civil"
Lima. Librería Studium. Tomo II.

ATIENZA, MANUEL.

2008 "Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo
latino"
Lima. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Fondo Editorial

2006 "El Derecho como Argumentación"

Barcelona. Editorial Ariel.

ATIENZA, MANUEL. Y RUIZ MANECO, JUAN

2007 "Fragmentos para una Teoría de la Constitución"

Madrid. Editorial Iustel. En "Argumentación y Constitución" (Aguiló, Josép Compilador) pp.: 113-185

AZUERO E. DE LEAMEZ.

1979 "El mandato mercantil"

Bogotá. Ed. Gráfica Venus.

BARRERA GRAF, Jorge.

1966 "La representación de sociedades".

San José. En: Revista de Ciencias jurídicas, N° 7, Mayo 1966, Universidad Nacional de Costa Rica, Escuela de Derecho.

BEVILAQUA, Clovis

1931 "Direito das obrigacoes".

Rio de Janeiro. Livraria Editora Freitas Bastos. Tercera Edicao.

BETTI, Emilio.

1943 "Teoría General del Negocio jurídico"

Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo.

1992 "Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984" Lima. En: "Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor"

BOFFI BOGGERO, Luis M.

1945 "Lecciones de Derecho civil, La teoría general de los actos jurídicos en el Código Civil" Buenos Aires. Ed. Jurídica Argentina.

BRANOVER, David.

1975 "El mandato civil".

Editorial Jurídica de Chile, Santiago edición 3ª Ed.

BROSETA PONT, Manuel.

1994 "Manual de Derecho Mercantil" Madrid. Editorial Tecnos.

BULLARD GONZALES, ALFREDO.

2004 "Sistema de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa". Lima. En: Thémis Revista de Derecho 49 (diciembre de 2004), pp. 326-328.

2004 "La propiedad inconclusa".

Lima. En: Ius et Veritas XIV (29), 2004, pp. 100-108.

2003 "Los sistemas de transferencia de propiedad". En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.

Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 145-164.

2003 "Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a los otros?".

Lima. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores, 2003, pp.139-143.

1989 "LA RELACIÓN JURÍDICO PATRIMONIAL. REALES VS. OBLIGACIONES"

Lima. PUCP. Tesis (Br).

CABANELLAS, Guillermo.

1979 "Diccionario enciclopédico de derecho usual".

Buenos Aires. Editorial Heliasta, Tomo VII.

CALAMANDREI, Piero.

2001 "La Casación Civil".

México. Volumen III, Editorial Oxford University Press.

1962 "Instituciones de derecho procesal civil".

Buenos Aires. EJE A 3 vol.

CALDERON FAJARDO, CARLOS.

1991 "¿QUÉ ES LA POSTMODERNIDAD?"

En Revista "APERTURA". Pp. 15 al 22.

Lima. Año 1. N° 5. Director Alfonso LOPEZ-CHAU.

CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén.

1992 "El Negocio Jurídico"

Buenos Aires. Ed. Astrea.

1987 "Representación voluntaria y Negocio de apoderamiento"

La Plata. En: Revista del Colegio de abogados de La Plata; Mar—Dic 1987, Año XXVIII, N° 48.

CARDENA QUIROZ, Carlos.

1994 "Estudios de Derecho Privado I"

Lima. Ediciones Jurídicas.

CARRIÓN LUGO, Jorge

2003 "El recurso de casación en el Perú".

Lima. Editorial Grijley E.I.R.L.

2000-A "Tratado de derecho procesal civil"

Lima. Editorial Grijley. Vol I.

2000-B "Tratado de derecho procesal civil"

Lima. Editorial Grijley. Vol II.

1997 "El recurso de Casación en el Perú, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia".

Lima. Editorial Grijley, Primera Edición.

CASTAN TOBEÑAS, José.

1951 "Derecho Civil Español, Común y Foral"

Madrid. Edición revisada y ampliada. Editorial REUS. 4 volúmenes.

CASTRO SALINAS, Javier;

1987 "Mandato y Representación".

Lima. En: "Temas de Derecho Contractual". Editorial Cuzco.

CASSESE, Sabino.

2003 "La crisis del estado"

Buenos Aires. Abeledo – Perrot.

CORCUERA GARCIA, Marco A.

1994 "Derecho notarial, Comentarios a la Ley del Notariado".

Lima. Ed. Marsol.

CORNEJO, Angel Gustavo.

1941 "Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)".
Lima. En: "Revista de Derecho y Ciencias Políticas". Director Pedro M. Oliveira. Decano. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. pp. 79 – 191.

1937 "Código Civil, Exposición sistemática y comentario".
Lima. Tomo I.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA.

1989 "Jurisprudencia Civil".
Lima Ed. Cultural Cuzco S.A.

COUTURE, Eduardo J.

1950 "Estudios de Derecho Procesal Civil"
Buenos Aires. T. II EDÍAR.

1973 "Fundamentos de Derecho procesal civil"
Buenos Aires. 3ª edición póstuma (reimpr.) Depalma.

COUSO, Juan Carlos;

1973 "Intervención y administración judicial de sociedades"
Buenos Aires. Ed. Plus ultra.

CHIOVENDA, Giuseppe.

1997 "Curso de Derecho Procesal Civil"
Mexico. Editorial HARLA. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso.

DE CASSO Y ROMERO; Ignacio.

1950 "Diccionario de Derecho Privado".
Barcelona. Editorial Labor S.A. T, 1.

DE LA RIVA ROSSI, Ruy.

1964 "La Representación".
Lima. Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.

1991 "El Contrato en General". En: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol XI, seis tomos.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú,.

DE LOS MOZOS, José Luis.

1965 "El Principio de la Buena Fe"
Barcelona. Ed. Bosch.

1959 "La conversión del negocio jurídico".
Barcelona. Ed. Bosch.

DELEUZE, G.

1981 "FRANCIS BACON, LOGIQUE DE LA SENSATION"
París. Edition de la difference.

DEFFIS R., Reynaldo.

1942 "Del Contrato de mandato y su aplicación a los títulos de Crédito"
México. Ed. Escuela libre de Derecho.

DEVIS ECHANDIA, Humberto.

1984 "Teoría general del proceso"
Buenos Aires. Edit. Universidad.

DEVIS ECHEANDIA, Hernando,

1962 "Tratado de Derecho procesal civil"
Bogotá. T. III, Edit. Temis.

1985 "Teoría general del proceso"
Buenos Aires. 2 Tomos, Editorial Universidad de Buenos Aires.

DIAZ GOMEZ, Aurelio.

1975 "Apoderado, Nuncio, Autotutela, Sustitución y poder para apoderar, Ratificación y otras cuestiones".

Buenos Aires. En: Revista del Notariado, Organización del Colegio de Escribanos; Capital federal de la República Argentina; Enero—Febrero 1975; Año LXXVIII, N° 739.

DIEZ PICAZO, Luis.

1994 "Sistema de Derecho Civil"

Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. Coautor: GULLON, Antonio.

1979 "La Representación en el Derecho Privado"

Madrid. Edi. Civitas S.A..

1970 "Forma y Voluntad en el Negocio de Apoderamiento".

Madrid. En: Revista Crítica de Derecho inmobiliario; Año XLVI; Sep—Oct. 1970, N° 480.

ENNECERUS, Ludwig.

1944-1951 "Tratado de Derecho Civil"

Barcelona. Editorial Bosch. 10 volúmenes.

1944-B "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones"

Barcelona. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez González y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo II. 2 volúmenes.

1944-A "Tratado de Derecho Civil. Parte General"

Barcelona. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez González y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo I. 2 volúmenes.

ELIAS LAROZA, Enrique.

1998 "Ley General de Sociedades Comentada".

Trujillo. Editora Normas Legales.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan.

2008 "Acto Jurídico Negocial". Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial.

Lima Editorial Gaceta Jurídica.

2004 "El acto jurídico a través de la jurisprudencia". En "Diálogo con la Jurisprudencia"; Número 74; Noviembre; Año 10.

Lima. Gaceta Jurídica.

1996 "Estudios de Derecho de las Personas"

Lima. Editorial Huallaga. 2ª Edición.

ESTURILLO LOPEZ, Antonio.

1992 "Estudio de la Legislación Sobre el Registro Mercantil. Práctica de Legislación Mercantil Societaria"

Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España.

Centro de Estudios Registrales.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS.

2001 "Derecho de las personas".

Lima. Editorial Jurídica Grijley. 8ª Edición.

1996 "El Derecho en un Periodo de Transición entre dos Épocas"

Lima. En Revista Jurídica del Perú: "Gaceta Jurídica" pp. Del 61 al 72

FOUCAULT, Michel.

1970 "LA ARQUEOLOGÍA DEL SABER"

México. Editores Siglo XXI.

FLORES GALINDO, ALBERTO.

1990 "REENCONTREMOS LA DIMENSION UTOPICA"

En Revista: "Socialismo y Participación" N° 50. Junio de 1990. Pp: 83-88.

GARCIA AMIGO, Manuel.

1979 "Instituciones de Derecho Civil. I Parte General" .

Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

GARRIDO LAGO, Jorge.

1985 "Contratos Civiles y Comerciales".

Buenos Aires. Editorial Universidad. Tomo I.

GARRIGUES, Joaquín.

1987-A "Curso de Derecho Mercantil"

Bogotá Editorial Temis. Tomo 1. Reimpresión de la séptima edición.

1987 -B "Curso de Derecho Mercantil"

Bogotá Editorial Ternis. Tomo IV. Reimpresión de la séptima edición.

1979 "Curso de Derecho Mercantil".

México. Editorial Porrúa S.A.;Tomo. I.

GONZALEZ, Carlos.

1994 "La intervención voluntaria de terceros en el proceso"

Buenos Aires. Abaco.

GONZALES GOMEZ, Bernardo.

1963 "Existencia e inexistencia de los actos de Derecho privado".

Bogotá. Tesis.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús,

1984 "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional".

Madrid. Edit. Civitas.

GRONILLO, Arturo.

1951 "Sociedades entre esposos"

Córdoba. Editoruial de la Universidad.

GUEVARA MANRIQUE, Ruben.

1997 "El Registro de Mandatos y Poderes"

Lima. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Martín de Porres. "Vox Iuris N° 7".

1994-A-B "Derecho registral"

Lima. Editora FECAT. Tomo I.

1983 "Manual de Derecho Registral y Notarial"
Lima. Librería Studium.

GUZMAN BRITO, Alejandro.

2004-A "Derecho Privado Romano"
Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición 1996.
Reimpresión de primera edición 2004. Tomo I.

2004-B "Derecho Privado Romano"
Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición 1996.
Reimpresión de primera edición 2004. Tomo II.

HEDEMANN, J.W.

1958 "Derecho de Obligaciones".
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen III.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO.

1944 "METODOLOGIA DEL DERECHO"
Madrid, 1ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado.

HERNANDEZ MORENO, ALFONSO.

1980 "Mandato, poder y representación: Una nueva lectura del artículo 1716 del Código civil".
Barcelona. En: Revista jurídica de Cataluña; 1980, abril-junio, año LXXIX, N° I.

HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos y VÁSQUEZ CAMPOS, José.

1996 "Código Procesal Civil".
Lima. Tomo II. Ediciones Jurídicas.

HERNANDO NIETO, Eduardo.

2002 "Deconstruyendo la Legalidad"
Lima. Fondo Editorial de la PUC del Perú.

HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar.

2006 "Metodología de la Investigación"
Méjico. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica.

HESSE, Konrad.

1995 "Derecho Constitucional y Derecho Privado".
Madrid. Editorial Civitas. Traducción de la edición alemana por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

HINESTROZA, Fernando.

2008 "La Representación".
Bogotá. Universidad Externado de Colombia

HINOSTROZA, Alberto.

1997 "Jurisprudencia Civil"
Lima. Editorial FECAT.

HITTERS, Juan Carlos.

1998 "La casación civil en el Perú".
Lima. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Volumen II. Industrial

Gráfica.

HUPKA, Josef.

- 1930 "La representación voluntaria en los negocios jurídicos".
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral.

IHERING, RUDOLF VON.

- 1947 "3 Estudios Jurídicos. Del Interés en los Contratos. La posesión. La Lucha por el Derecho"
Buenos Aires. Editorial Atalaya.
1946 "El Fin en el Derecho"
Buenos Aires. Editorial Atalaya.

ITURRIAGA ROMERO, José.

- 1974 "La Representación en el Derecho Privado".
Lima. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

IRTI, Natalio.

- 1992 "La Edad de la Descodificación"
Barcelona. José Maria Bosch Editor S.A. Traducción Luis Rojo Ajuria

JELLINEK, Georg.

- 1981 "Teoría General del Estado".
Buenos Aires . Editorial Albatros. Primera edición de 1900.

JOSSERAND, Louis.

- 1951 "Derecho Civil"
Buenos Aires. Editorial Bosch (8 Tomos). Tomo II. Volumen II. Traducción Santiago Cunchilló y Manterola.
1937 "Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado alemán".
Buenos Aires. Editorial Ciencias jurídicas y sociales.

KANTOROWICZ, GERMAN.

- 1949 "LA LUCHA POR LA CIENCIA DEL DERECHO"
Buenos Aires. S/E. 1ª Edición Castellana. 1ª Edición Alemana 1906.

KAUNE ARTEAGA, Walter.

- 1981 "Teoría general de los principales contratos"
Bolivia. Tesis.

KELSEN, HANS.

- 1987 "TEORÍA PURA DEL DERECHO".
Lima. Ediciones "Wisla"

KOVALOFF, Osías.

- 1967 "Procurador"
Buenos Aires. En: Enciclopedia jurídica OMEBA; Ed. OMEBA, , 1967, t. XXIII.

KRUIJT, DIRK.

- 1989 "La revolucion por decreto"
Lima. Mosca Azul Editores.

LARENZ, Karl.

- 1956 "Base del Negocio jurídico y cumplimiento de los contratos"
Madrid. Editorial Revista de Derecho privado.

LEON BARANDIARAN, José.

- 1997 "Acto Jurídico"
Lima. Gaceta Jurídica Editores.
1975 "Contratos en el Derecho Civil Peruano".
Lima. Tomo II.

LEON HURTADO, Avelino.

- 1990 "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos"
Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

LIEBMAN, Enrico Tullio.

- 1980 "Manual de Derecho Procesal Civil".
Buenos Aires. EJE A.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.

- 1994 "El Negocio jurídico".
Lima. Editorial Jurídica GRIJLEY. 2ª ed.

LOPEZ FERNANDEZ, Carlos.

- 1987 "Incidencia en la práctica notarial de algunos problemas relativos a los
conceptos de Mandato, Representación y Poder".
Montevideo. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Año
XXVIII, Jul-Dic de 1987, N° 3-4.

LOEWENSTEIN, Karl.

- 1982 "Teoría de la Constitución".
Barcelona – España. Editorial Ariel.

LOZANO, Godofredo E.

- 1967 "Comisión Mercantil".
Buenos Aires. En: Enciclopedia jurídica OMEBA; Ed. OMEBA, t. III.

LUMBRERAS, LUIS GUILLERMO.

- 1986 "Una Nueva Visión del Antiguo Perú".
Lima. Munilibros/11. Edita Municipalidad de Lima Metropolitana (Secretaría de
Educación y Cultura).

LYOTARD, JEAN-FRANCOIS.

- 1987 "La Condición Postmoderna"
Madrid. Cátedra. 1ª Edición de 1979.
1990 "Economía Libidinal"
México. F.C.E. 1ª Edición.

MARTÍNEZ, Hernán J.

- 1987 "Procesos con sujetos Múltiples"
Buenos Aires. La Rocca.

MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN

- 1967 "Lecciones de Derecho Civil".
Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte Tercera, Volumen

IV.

MEGNA, Pedro Pascual.

1972 "La Gerencia de la Sociedad Anónima".
Buenos Aires. Editorial Cangallo S.A.

MELICH ORSINI, José.

"Estudios de Derecho Civil"
Editorial Talleres Italgráfica,

MERINO Y HERNANDEZ, José Luis.

1971 "Sobré la unilateralidad del poder".
Madrid. En: Revista de Derecho Notarial, En-Mar. 1971, N° LXXI; Año XVIII,
Colegios notariales de España.

MENDOZA PONCE DE LEON, Fernando de.

1963 "El acto jurídico unilateral obligatorio".
Bogotá. Tesis.

MESSINEO, Francesco.

1979 "Manual de Derecho Civil y Comercial"
Buenos Aires. Traducción de Santiago Sentis Melendo; Edit. Jurídicas Europa-
América,

1971 "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-
América, Buenos Aires.

1952 "Doctrina General del Contrato"
Buenos Aires. Editorial EJE. Traducción S. Sentis Melendo. M. Volterra.
R. O. Fontanarrosa. Tomo I.

MINERVINI, Gustavo.

1959 "El Mandato, la Comisión en el Contrato de Comisión de Transporte"
Barcelona. Editorial Bosch.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

1996 "Introducción al proceso civil"
Bogotá, Temis-De Belaunde & Monroy.

MONOD, JACQUES.

1985 "El azar y la necesidad"
Madrid. Ediciones Orbis HISPAMERICA EDICIONES ARGENTINA S.A.
Traducción de Francisco FERRER LERIN.

MORAROAL, Juan,

1972 "La intervención adhesiva simple: Contribución al estudio de la pluralidad de
partes en
el proceso civil".
Barcelona. Editorial Hispano Europea.

MONTERO ARÓCA, Juan

1994 "Derecho Jurisdiccional"
Barcelona. Editot, Bosch.

1994 La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta
más
crucial su uso cuanto más se escribe sobre él),

- Madrid. Edit. Civitas.
1997 "Introducción al Derecho Procesal",
Madrid. Edit. Tecnos.
- MONROY GÁLVEZ, Juan F.
2004 "La formación del proceso civil peruano".
Lima. Editorial Palestra, 2da. Edición.
- MOSCO, Luigi.
1963 "La representación voluntaria en los negocios jurídicos"
Barcelona. Traducción por F. Cerrillo Quilez. Colección Nereo.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge.
1979 "Mandatos".
Buenos Aires. Editorial Ediar.
- MORALES HERVIAS, Rómulo.
2005 "La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico".
Lima.
- MUCIUS SACEVOLO, Quintus.
"Código civil comentado y concordado, estudio comparativo de Códigos europeos y americanos".
- NEGRI PISANO, Luis E.
1985 "La representación voluntaria: El poder y el Mandato"
Buenos Aires. Editorial A. Perrot.
- NEIRA, HUGO.
1996 "Hacia la tercera mitad" . Perú XVI-XX. Ensayos de relectura herética.
Lima. Fondo editorial SIDEA (754p.).
- NEIPP, Vittorio.
1962 "Causalidad jurídica y representación".
Buenos Aires. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJEA.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH WILHELM.
1983 "El ocaso de los ídolos"
Edt. Tusquets. Colección Cuadernos Infinitos.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos.
2005 "La Codificación del Siglo XIX; Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852" Tomo II:
Lima. Fondo Editorial de la PUCP. Primera edición 2001. Primera reimpresión 2005.
- OERTMANN, Paúl.
1933 "Introducción al derecho civil"
Barcelona. Traducción por del alemán de Luis Sancho Seral. Editorial Labor.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo

- 1941 "La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana"
Lima. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941.

ORTEGA Y GASSET, JOSÉ.

- 1984 "Historia como sistema". y otros ensayos filosóficos.
Madrid. Edición SARPE.

OVIEDO BUSTOS, Alicia M.

- 1984 "Gestión de Negocios".
Buenos Aires. Editorial Astrea.

PACCHIONI, Giovanni.

- 1948 "Los contratos a favor de terceros"
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducido por Francisco Javier Osset.

PARDO MARQUEZ, Bernardo.

- 1966 "Derecho Registral Inmobiliario en el Perú".
Lima . Litografía Huascarán . Tomo I.Segunda Edición.

PARRA QUIJANO, Jairo.

- 1986 "La intervención de terceros en el proceso civil"
Buenos Aires. Depainut. Pu Qraj. Derecho Procesal Civil, Temis, Bogotá, 1992.

PECES BARBA, Gregorio.

- 1995 "Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General"
Madrid. Ed. Boletín del Estado,

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.

- 1984 "Representación, Poder y Mandato"
México. Editorial Porrúa S.A.

PEYRANO Jorge W.,

- S/F "Derecho Procesal Civil. De Acuerdo al C.P.C. Peruano"
Lima. Ediciones Jurídicas.

1991 "El Derecho Procesal Postmoderno"

Rosario, Editorial Juris. En: "Procedimiento Civil y Comercial". Tomo I.

1980 "El valor eficacia en el proceso civil contemporáneo"

Buenos Aires. En "Cuestiones de Derecho Procesal", págs. 19-20. Editorial

LL.

1978 "El proceso civil, Principios y fundamentos".

Buenos Aires. Edit. Astrea.

PEYRANO, Jorge W.; y CHIAPPINI, Julio O.

1985 "El proceso atípico, Parte Segunda".

Editorial Universidad,.

1984 "El cuarto estadio de los conocimientos procesales y el eficientismo procesal"

Buenos Aires. Editorial LL.

PICÓ, Jose María

1997 "Las garantías constitucionales del proceso".

Barcelona. Bosch Editor.

PLANIOL, Marcelo

- 1945 "Tratado Practico de Derecho Civil Francés"
La Habana. Editorial Cultura. Traducción al español Mario Díaz Cruz. 14
Tomos. Tomo X, y XI Contratos.

PODETTI, Ramiro.

- 1955 "Tratado de los actos procesales y normas generales"
Buenos Aires. 2ª EDIAR.

POTHIER, Robert Joseph.

- 1821 « Oeuvres Completes, Traité du contrat de mandat », T I.
París.

POPPER, KARL RAIMOND.

- 1982 "La sociedad abierta y sus enemigos".
Barcelona, Ed. PAIDOS . Traducción hecha por Eduardo LOEDEL.

POUND, ROSCOE.

- 1943 "El derecho y la ciencia del derecho en las teorías recientes"
Buenos Aires. En "LA LEY", Tomo 29, Enero-Febrero-Marzo; p. 826- sgtes.
1945 "Algunas reflexiones sobre la ciencia jurídica"
Buenos Aires. En "LA LEY", Tomo 39, Julio-Agosto-Setiembre; p. 1043-sgtes.
1950 "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico"
Barcelona (España) . Editorial Ariel.

POZO VIDAL, Jorge.

- 1988 "Sociedades Anónimas".
Lima. Editorial Justo Valenzuela V EIRL.

PUIG FERRIOL, Luis.

- 1967 "El albaceazgo"
Barcelona. Editorial Bosch.

PUIG BRUTAU, José.

- 1981 "Introducción al Derecho civil"
Barcelona. Editorial Bosch.

PUIG PENA, FEDERICO

- 1966 "Compendio de Derecho Civil Español".
Barcelona. Ediciones Nauta. Torno I (Parte General).

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

- 2000 "Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX". El orbe jurídico
ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre".
Lima. Fondo Editorial PUC.

REDENTI, Enrico.

- 1957 "Derecho procesal civil".
Buenos Aires. EJEA.

ROCCO, Ugo.

1959. Teoría General del Proceso".
México. Editorial Porrúa.
- 1969-1970 "Tratado de Derecho Procesal Civil".
Bogotá y Buenos Aires. Editorial Temis y Depalina, Vols. 1 y I,
- ROMERO MONTES, Francisco Javier.
2003 "Curso del Acto Jurídico".
Lima. Editorial Librería Portocarrero S.R.L. Diciembre.
- REZZONICO, Luis María.
1970 "Estudio de los contratos en nuestro Derecho civil, Actualización según las leyes 17711 y 17940"
Buenos Aires. Editorial Depalma.
- RIVA AGÜERO, JOSE DE LA.
1912 "Concepto de derecho; ensayo de filosofía jurídica".
Lima. Librería Francesa Editorial ROSAY.
- 1969 "Paisajes peruanos"
Lima. Editorial PUCP. Obras Completas Tomo IX. . Estudio Preliminar de Raúl Porras Barrenechea.
- RODRIGUEZ VELARDE, Javier.
1996 "Los Contratos a Distancia".
Lima. En: Revista jurídica del IPEF.
- ROSEMBRUSCH, Erwin O.
"La representación en el Código civil"
- ROULAND, Norbert.
1994 "El Pluralismo Jurídico"
Lima. En Revista del Foro del CAL: pp. 227- 238. Traducido del Francés por Carlos Ramos Nuñez.
- SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro.
1995 "Código Procesal civil del Perú y Legislación procesal en vigor".
Lima. Editorial San Marcos.
- SALAZAR BONDY, AUGUSTO.
1967 "Historia de las ideas en el Perú contemporáneo"
Lima. Segundo Tomo. Francisco Moncloa Editores S.A. 1ª Edic. 1965. 2ª.
- SANCHEZ URITE, Ernesto A.
1986 "Mandato y representación".
Buenos Aires. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot.
- SANCHEZ, LUIS ALBERTO.
1993 "SAN MARCOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XXI".
Conversaciones con LAS / Revista de Investigación de la UNMSM.
Lima, "Alma Máter" N° 4: pp.7 al 12.
- SAVIGNY, KARL VON. (Compilador: STERN, JACQUES)
1970 "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho" (1814)

Madrid . Editorial Aguilar.Traducción de José DIAZ GARCIA

1878-1879 "Sistema del Derecho romano actual".

Tomos: I-VI, edición en castellano: 1ª traducción del alemán: Charles Guenoux, traducción del frances: Jacinto Mesía y Manuel Poley, prologo: Manuel Durán y Bas.

Madrid: F. Gongora y Compañía, Editores.

SCHULZ, Fritz

2000 "Principios del Derecho Romano"

Madrid. 2ª Edición, Revisada y corregida. Editorial Civitas.

SENTÍS MELENDO, Santiago

1957 "El Juez y el Derecho" (Jura novit curia)

Buenos Aires. EJEa.

1959 "Teoría y Práctica del Proceso"

Buenos Aires. EJEa.

SILVA VALLEJO, José Antonio.

1991 "La Ciencia del Derecho Procesal".

Lima. Fecat.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro.

1989 "METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA SOCIAL".

Lima. Editorial San Marcos.

SORIA ALARCON, Manuel Felipe.

1968 "El sistema de la propiedad, el de la tenencia de la tierra y los regímenes de excepcion en la ley de reforma agraria N° 15037".

Lima. UNMSM. Tesis (Br).

1997 "Estudios de Derecho Registral".

Lima. Palestra Editores.

SOTO NIETO, Francisco.

1974 "Aspectos fundamentales de la representación".

Barcelona. En: Revista Jurídica de Cataluña; jul—set., Año LXXIII, N° 3, 1974.

SPOTA, Alberto G.

1983 "Instituciones de Derecho civil, Contratos"

Buenos Aires. Tomo VIII. Ediciones Depalma,

STITCHKIN BRANOVER, David.

1975 "El mandato civil"

Santiago de Chile. Edit. Jurídica.

STOLFI, Giuseppe.

1959 "Teoría del negocio jurídico"

Madrid. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado.

TICONA POSTIGO, Víctor.

1996 "Análisis y comentarios del Código procesal civil"

Lima. 2ª Editorial Grijley.

THIBAUT. (Compilador: STERN, JACQUES)
1970 "SOBRE LA NECESIDAD DE UN DERECHO CIVIL, GENERAL PARA ALEMANIA"

Madrid. Editorial Aguilar. Traducción de José DIAZ GARCIA.

TORRES VASQUEZ, Aníbal.

2001 "Acto Jurídico";
Lima. Editorial Moreno S.A. IDEMSA

1998 "Acto Jurídico".
Lima. Editorial San Marcos.

1996 "Codigo Civil".
Lima. Editorial Cultural Cuzco S.A. 3ª edición.

1991 "Derecho Civil, Parte General, Introducción al Derecho y Título Preliminar".
Lima. Editorial Cultural Cuzco S.A.

TRAVIESAS, Miguel M.

1923 "La representación y otras instituciones afines".
Madrid. En: Revista de Derecho Privado; Año X, N° 113; 15-02- 1923.

TRABUCCHI, Alberto.

1967 "Instituciones de Derecho Civil"
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

TRAZEGNIES, Fernando de

2000 "Pensando Insolentemente"
Lima. Fondo Editorial de la PUC del Perú.

1996 "Postmodernidad y derecho"
Lima. 1ª Edición. ARA Editores.

1995 "En el país de las colinas de arena"
Lima. 2 Edición. Fondo Editorial de la PUC del Perú. Volumen I y II.

1994 "Postmodernidad y pluralismo jurídico"
Lima. En: ¿Qué modernidad deseamos?. Epígrafe S.A. Editores.
pp.191-212. Editores: David Sobrevilla, y Pedro Belaúnde M.

1991 "El derecho civil ante la post-modernidad"
Lima, en Revista 'Derecho' N°45: pp.287 al 333. PUCP Fondo Editorial.

1960 "Un ensayo sobre la propiedad de la tierra agraria en el Perú"
Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis (Br).

TUHR, A. Von.

1934 "Tratado de las Obligaciones".
Madrid. Editorial Reus. Traducido del alemán por W. Roces.

VASQUEZ DEL MERCADO; Antonio.

1980 "Teoría de la representación en las obligaciones".
México. En: Revista de investigaciones jurídicas, Año 4, N° 4, 1980, Instituto
Escuela Libre de Derecho.

VESCOVI, Enrique.

1999 "Teoría general del proceso"
Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis S.A.

1996 "El Recurso de Casación".
Montevideo, Ediciones IDEA.

1990 "Exposición de Motivos del Código General del Proceso Uruguayo".
Montevideo. Editorial Abaco.

VIDAL RAMIREZ, Fernando.

1985 "Teoría General del Acto Jurídico".
Lima. Edit. Cultural Cuzco.

VISINTINI, Giovanna.

1986 "Culpa y apariencia en la representación".

Lima. En: Nuevas tendencias de Derecho contractual, "Libro Homenaje a
Manuel de la Puente y Lavalle" T.. 1, Edi. Grupo peruano de la Asociación
Henry Capitant.

VIVAR MORALES, Elena María

1992 "Derecho registral y notarial" Materiales de Enseñanza
Lima. PUC

WAGH, Adolfo.

1977 "Manual de Derecho Procesal".
Buenos Aires. EJEa.

WEBER, MAX .

1964 "Economía y sociedad".
México. Fondo de Cultura Económica.